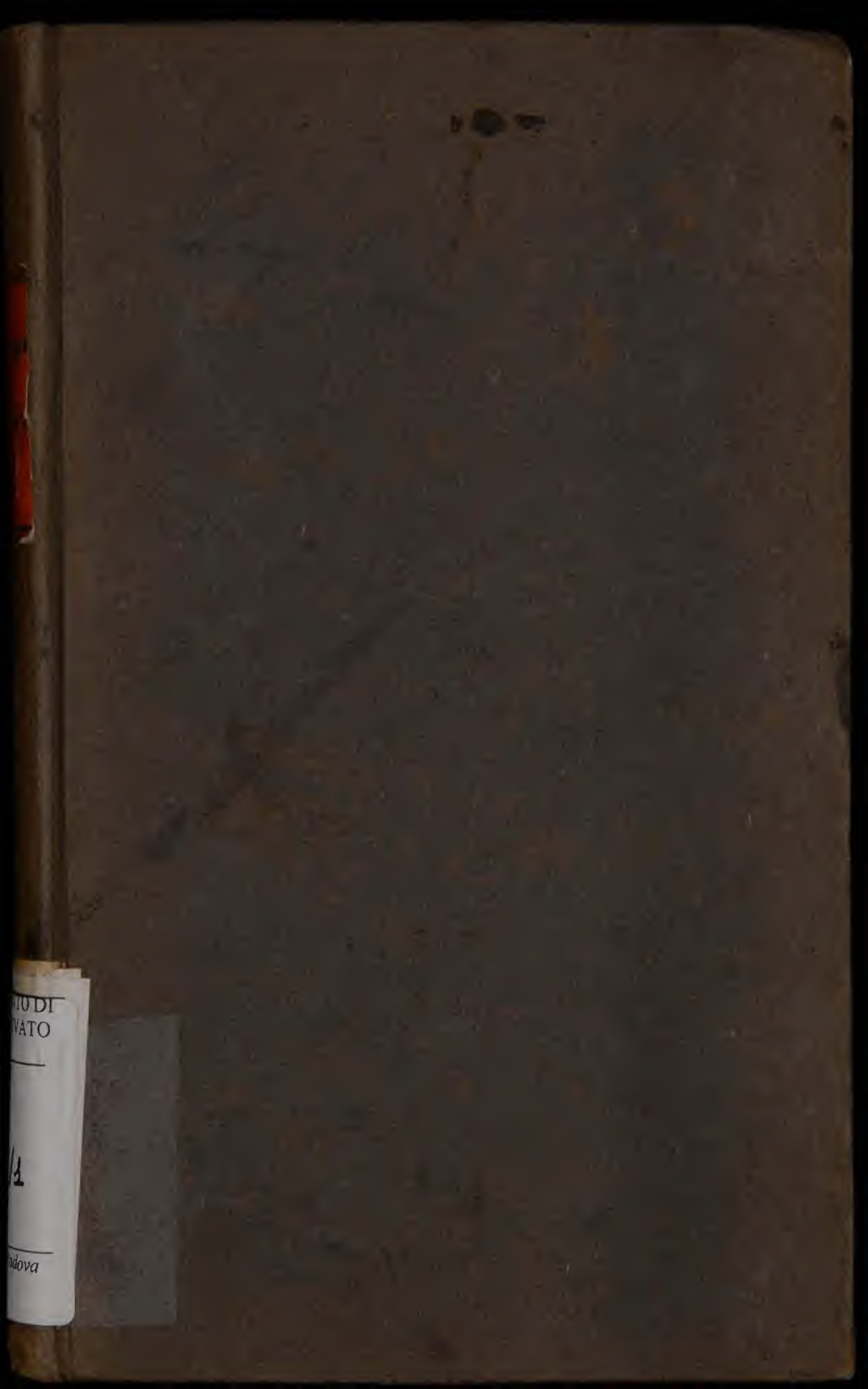


…IO DI
…VATO
/1
…adova

Ausbeute

von

Nachforschungen

über verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.

Sechsten Theiles erste Abtheilung.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1837.

Inhalt.

I.

Vom Mitbesitz.

(Im Februar 1836.)

Daß man einen bestimmten Theil einer Sache besitzen könne, ist etwas, was sich von selbst versteht, da ja dieser Theil auch ein Ganzes für sich ist. Pars pro diviso non est *pars fundi*, sed *fundus* [1]). Aber man kann auch einen ideellen Theil besitzen, und dieß versteht sich so wenig von selbst, daß man es eher bestreiten, als behaupten kann. Indessen nach römischem Recht hat auch der Besitz eines ideellen Theils keinen Zweifel. Es können Mehrere zu gleicher Zeit im Besitz derselben Sache seyn. Keiner besitzt dann die Sache in solidum, sondern alle besitzen neben einander und zwar jeder zu seinem ideellen Antheil. Dadurch entsteht der Mitbesitz, ein Ausdruck, der im römischen Recht nicht vorkommt und selbst unter den Auslegern selten ist, so häufig auch die Sache vorkommt. Das römische Recht hat dafür den Ausdruck: in Gemeinschaft besitzen [2]).

Die römischen Rechtsgelehrten lehren ausdrücklich, daß auch *pars pro indiviso* Gegenstand des Besitzes seyn könne.

---

[1]) L. 6. §. 1. D. Com. praed.

[2]) *Stryck* de compossessione §. 1. (Opera tom. 2.)

Und daraus schliessen sie, daß ein solcher Theil, wie er besessen wird, auch durch fortgesetzten Besitz daß er durch Verjährung erworben werden könne. Sie schliessen daraus ferner, daß ein Besitz dieser Art von dem Einen auf den Anderen übergehen, daß ein ideeller Theil, wenn er nur von einer bestimmten Größe ist, von Einem dem Anderen übergeben werden könne [3]). Es stimmt damit überein, daß ein ideeller Theil Gegenstand der Rei-Vindicatio seyn kann [4]). Nur ein Antheil, dessen Größe man nicht kennt, kann nicht besessen werden, und wenn daher Mehrere auf einem Grundstück sind, von denen Niemand weiß, wie groß sein Antheil sey, besitzt genau genommen Keiner [5]). Ein solcher Antheil kann also auch nicht ersessen

---

[3]) *L. 26. D. de acquir. vel. amitt. poss.* Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest: et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi, nec capi potest: veluti si ita tibi tradam, *quidquid mei juris in eo fundo est:* nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest. *L. 43. pr. D. eod.* Si quis fundum emerit, cujus particulam sciebat esse alienam: Julianus ait, si pro diviso sciat alienam esse, posse eum reliquas partes longa possessione capere: sed si pro indiviso, licet ignoret, quis sit locus: aeque eum capere posse: quod sine ullius damno pars, quae putatur esse vendentis, per longam possessionem ad emptorem transit.

[4]) L. 35. §. 3. D. de rei vind. L. 8. D. eod.

[5]) *L. 3. §. 2. D. de adquir. vel. amitt. poss.* Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. *L. 32. §. 2. D. de usurpat. et usucap.* Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat: neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

und nicht übergeben werden. Nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest [6]). Was indessen die Rei-Vindicatio betrifft, so kann nicht bloß ein ideeller Theil, sondern auch eine pars *incerta* Gegenstand derselben seyn [7]). Es ist dieß eine Abweichung von der Regel, die nur deshalb zugelassen ist, weil Fälle vorkommen können, da man nicht im Stande ist, die Größe dessen, was man in Ansprache nimmt, anzugeben. Auf Fälle dieser Art beschränkt sich die Ausnahme; sie setzt Unwissenheit und zwar unverschuldete voraus [8]). Als eine Abweichung von der Regel, daß *pars incerta* kein Gegenstand des Besitzes sey, wird sie indessen nicht gerade gegeben; es kann dieß auch Abweichung von einer anderen Regel seyn, nämlich, daß man

---

[6]) L. 26. D. de adquir. reb. amitt. poss. *L. 4. D. Pro Emptore.* Emptor fundi partem ejus alienam non esse ignoraverat: responsum est, nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum: quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emptor ignoraverat. Quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse, non dubito. §. 1. Idem juris est, si is, qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit: eam enim dumtaxat non capiet: caeterarum partium non impedietur longa possessione capio.

[7]) Die Formel einer Vindication, deren Gegenstand pars incerta, war bei den Römern: Quantum paret in ea re meum esse. Westphal über die Arten der Sachen §. 910.

[8]) *L. 76. §. 1. D. de rei vind.* Incertae partis vindicatio datur, si justa causa interveniat. Justa autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud judicem examinatur: justam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat: itaque talis dabitur actio: eadem et de ceteris rebus intelligemus.

das Object, was man verfolgt, genau bezeichnen müsse, namentlich durch Angabe der Größe [9]).

Die ganze Lehre vom Besitz eines Theils und besonders eines Antheils, einer pars pro indiviso, sammt allem, was damit zusammenhängt und daraus folgt, bezieht sich hauptsächlich auf Grundstücke, von denen in den hieher gehörigen Stellen des römischen Rechts nur die Rede ist, sie beschränkt sich indessen in ihrem ganzen Umfange nicht auf sie. Sie findet auch auf bewegliche Sachen Anwendung. Nur die Unterscheidung zwischen dem Besitz eines bestimmten und eines ideellen Theil findet bei ihnen nicht Statt, pro diviso können sie, wie Pomponius lehrt, gar nicht besessen werden [10]). Er gibt dadurch deutlich genug zu erkennen, daß Mehrere dieselbe bewegliche Sache in der Art besitzen können, daß jeder seinen Antheil besitzt, daß sie *pro partibus indivisis* neben einander besitzen können. Es kann dieß auch um so weniger bezweifelt werden, da socii sogar verbunden sind, Sachen, welche gemeinschaftlich werden sollen, einander zu übergeben. Findet hier Uebergabe eines Antheils Statt, so läßt sich daraus zurückschliessen, daß auch Besitz eines solchen Statt finde; denn die Möglichkeit der Uebergabe setzt Möglichkeit des Besitzes voraus. Nur eine eigentliche wirkliche Uebergabe, ein Geben aus einer Hand in die andere, ist bei beweglichen Sachen nicht denkbar, wenigstens solange nicht, als ihre Substanz erhalten bleibt, während doch bei unbeweglichen eine Einführung in das Grundstück möglich ist [11]), damit neben dem bisherigen ein zweiter Be-

---

9) L. 6. D. de rei vind.
10) L. 8. D. de rei vind.
11) L. 8. D. de act. emt. et vend.

sitzer das Grundstück zu einer bestimmten Größe, z. B. auf zwei Drittheile des Ganzen besitze [12]).

Ich gehöre nicht zu denjenigen, welche voll Ehrfurcht gegen eine so alte Autorität alles, was die römischen Rechtsgelehrten vortragen, als tiefe Weisheit bewundern. Manches an ihnen gefällt mir — ihr Scharfsinn ist bewunderswerth und diejenigen werden sie am besten auslegen, die ihnen darin gleich kommen; — manches gefällt mir weniger und manches auch wohl nicht. Wenigstens muß es mir erlaubt seyn, die Sätze, welche die alten Rechtsgelehrten aufstellen, und die Gründe, worauf sie beruhen, zu prüfen und wenn ich jene nicht haltbar, diese nicht zugenglich finde, sie zu verwerfen. Ich kann mich freilich so gut, als ein Anderer, irren, aber ich will lieber irren, als blind verehren, und wenn ich bewundern soll, will ich erst wissen, warum?

Es entsteht also die Frage, ob nach der Natur der Sache der Besitz eines ideellen Theils möglich sey. Daß die römischen Rechtsgelehrten diese Frage schon bejahet haben, kann uns nicht hindern, sie aufzuwerfen. Je nachdem die Antwort auf die aufgeworfene Frage bejahend oder verneinend ausfällt, müssen auch die daraus gezogenen Folgerungen bejaht oder verneint werden. Findet Besitz hier Statt, so muß auch Tradition und Verjährung möglich seyn. Nur die Vindication läßt sich auch rechtfertigen, wenn man die Frage verneint. Wenn überhaupt Miteigenthum Statt findet und Jemand einen Antheil an einer Sache haben kann, so muß es ihm auch erlaubt seyn, sein Miteigenthum bei Gericht geltend zu machen und seinen Antheil von dem Andern abzufordern. Kann dieser Antheil auch nicht wirklich überlie-

---

[12]) Meine Lehre vom Eigenthum S. 174. 325. folg.

fert werden, so ist es auch schon genug, wenn nur die Größe desselben ausgemittelt und von Seiten des Gerichts ausgesprochen wird, wie viel dem Kläger gebühre, und wenn dann der Beklagte genöthigt wird, den Kläger zum Mitbesitz zuzulassen, so könnte die Frage, ob man sich den Besitz als unter ihnen getheilt denken müsse oder nicht und im ersteren Fall, zu einem wie großen Theil jeder besitze, recht gut mit Stillschweigen übergangen werden. Das Urtheil des Richters und der in Folge desselben als ausgemacht anzunehmende Satz, daß der Kläger z. B. auf zwei Drittheile Miteigenthümer sey und ihm ein so großer Theil bei der Theilung zufallen müsse, würde die Frage nach der Größe des Besitzes, wenn sie überhaupt aufgeworfen werden könnte, unnöthig machen.

Abgesehen vom römischen Recht, ist, nach meinem Ermessen, Besitz eines ideellen Antheils einer Sache etwas Unmögliches. Man kann einen bestimmten Theil einer Sache besitzen; das versteht sich; man kann auch ein ganzes Grundstück in Gemeinschaft mit einem Andern besitzen; es ist nichts Widersprechendes, daß Mehrere auf einem Grundstück sind, die es gemeinschaftlich beherrschen und von denen Keiner den Anderen vom Besitz ausschliessen will. Aber wie kann man einen ideellen Antheil besitzen? Kann man eine gedachte Größe besitzen? Kann man physisch auf sie einwirken und Andere von ihr abhalten? Nein, das kann man nicht, und es ist hier so wenig ein wirklicher Besitz, als auch nur etwas Aehnliches, weder eine vera possessio, noch eine juris quasi possessio möglich. Man kann freilich die Sache in Gemeinschaft mit einem Andern, aber man kann sie nicht z. B. auf zwei Drittheile besitzen. Der Besitz einer intelligiblen Größe ist nur durch Vermittelung des Gesetzes mög-

lich, in der Wirklichkeit kann keiner Statt finden. Ich wüßte wenigstens keine Art, wie ein solcher Besitz in der sinnlichen Welt erscheinen könnte. Wollte man sagen, der Miteigenthümer könne vermöge desselben sich einen bestimmten Theil der Früchte nehmen, so würde ein Besitz dieser Art nur bei fruchttragenden Sachen möglich seyn; es würde aber auch eine solche einzelne Handlung nur die Folge eines bereits vorhandenen Besitzes und nicht der Besitz selber seyn.

Wenn ein Object Mehreren in Gemeinschaft gehört und Keiner von ihnen berechtigt ist, den Anderen vom Besitz auszuschließen, so ergiebt sich die Folge von selbst, daß sie zugleich im Besitz seyn dürfen, daß der Eine neben dem Andern besitzen darf. Wie nun dieß Object Eins und ungetheilt ist, so ist hier auch nur Ein Besitz vorhanden, woran aber Mehrere Theil nehmen, von denen jeder den Anderen in der physischen Herrschaft über die Sache, gleichwie in Ansehung der rechtlichen, beschränkt. Nicht von dieser Seite scheinen die römischen Rechtsgelehrten die Sache angesehen zu haben. Nach ihnen kann man nicht bloß einen Theil, sondern auch einen Antheil besitzen, und darnach ist der Besitz so vielfach, als groß die Zahl der Personen ist, welche besitzen; jeder der Mehreren, welche ein ungetheiltes Object in Gemeinschaft besitzen, besitzt seinen ideellen Antheil und folglich hat jeder seinen eigenen Besitz. Man möchte hiernach glauben, daß die römischen Rechtsgelehrten den Antheil nicht als eine Vorstellung, sondern als etwas Körperliches angesehen haben, nämlich als den körperlichen Theil einer unabgetheilten Sache, wovon uns bloß der Ort unbekannt ist, wo er sich befindet. — Aber, selbst wenn auch nur der Ort unbekannt wäre, wo die Sache sich befindet,

würde dieß hier schon hinlänglich seyn, die Möglichkeit des Besitzes aufzuheben.

Zwar, wenn man jedem einen eigenen Besitz beilegte, so scheint es, daß nichts übrig blieb, als jedem den Besitz seines Antheils beizulegen; denn der Besitz des Ganzen konnte unter den Mehreren nicht jedem Einzelnen zustehen; dieß verstößt gegen die Regel: Plures rem eandem in solidum possidere nequeunt, und besonders gegen die Natur der Sache, woraus diese Regel eben entlehnt ist; es konnte dem Einzelnen auch nicht der bloße Besitz des Theils beigelegt werden, worauf er sich gerade befindet; denn was würde dann aus dem Uebrigen geworden seyn? Auch wäre der Besitz auf solche Art in einem beständigen Wechsel gewesen. Es wäre freilich auch wohl ein Ausweg übrig gewesen, nämlich die ganze Sache mit Stillschweigen zu übergehen und die Frage nach der Ausdehnung des Besitzes als eine nicht aufzuwerfende von sich zu weisen. Mehrere können noch eben so wenig ein in Gedanken in Theile zerlegtes Ganze theilweise, als jeder das Ganze besitzen, und die Regel: Plures eandem rem in solidum possidere nequeunt hätte noch leicht durch den Zusatz vermehrt werden können: *nec pro parte* sc. indivisa. Am Ende führt es doch zu einem offenbaren Widerspruch, wenn der Besitz nicht das Ganze zum Gegenstand haben und sich doch — auf das Ganze erstrecken soll. Dieß enthält nicht nur einen Widerspruch, sondern auch eine heimliche Verletzung der Regel, daß Mehrere nicht derselben Sache Miteigenthümer, noch Besitzer in solidum seyn können. Und doch ist dieß die römische Vorstellung vom Miteigenthum, die in diesem Fall eben so auch vom Besitz gelten muß. So lehrte Celsus der Sohn nach Ulpianus:

Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: *sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere* [13]).

Damit stimmt die Art überein, wie Labeo sich an einer anderen Stelle über diesen Punkt ausdrückt [14]).

Die einfache Wahrheit würde seyn, daß Niemand über eine gemeinschaftliche Sache, auch nicht über einen bestimmten Theil einseitig verfügen kann, da ihm, solange keine Theilung geschehen ist, noch kein bestimmter Theil gehört. Zur Rechtfertigung der römischen Rechtsgelehrten läßt sich indessen Folgendes sagen:

Die Art, wie die römischen Rechtsgelehrten sich über das Miteigenthum ausdrücken, müssen wir als eine bloße Form ansehen, unter der wir die Sache betrachten können, die, wenn wir die Forderungen der Gerechtigkeit erfüllen wollen, dazu dienen kann, uns dieß Geschäft zu erleichtern, mit der man es aber nicht allzu genau nehmen muß. Die römischen Rechtsgelehrten sahen es wohl ein, daß ein bloßer Antheil nichts Körperliches ist, was man besitzen kann. Mehrere Aeußerungen Einzelner machen dieß höchst wahrscheinlich [15]). Wenn sie dennoch den Besitz eines ideel-

---

[13]) L. 5. §. ult. D. Com.

[14]) L. 31. D. de usufr. et usu leg.

[15]) *L. 5. D. de stipulat. serv.* Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus: sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Et ideo si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione adquirit: omnibus adquirit pro parte qua dominium in eo habent. Licet autem ei, et nominatim alicui ex dominis stipulari, vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. Sed si non nominatim domino stipuletur, sed jussu unius dominorum: hoc jure utimur, ut

len Theils zuließen, so geschah dieß wahrscheinlich deshalb, weil sie nöthig fanden, den Besitz hier wie ein Recht zu behandeln, um ihn mit dem Eigenthum in Einklang zu bringen. Wie das Eigenthum, was Mehreren in Gemeinschaft zusteht, jedem für seinen Antheil zusteht, so legten sie auch den Besitz, den Mehrere in Gemeinschaft haben, jedem für seinen Antheil bei. Es konnte dies in Hinsicht auf Veräusserungen, Uebergabe und besonders in Hinsicht auf Verjährung nöthig seyn. Die Möglichkeit des Besitzes eines bestimmten Antheils würde also zu demjenigen gehören, was der Besitz vom Recht erborgt, er selbst, gleich dem Antheil selbst, bloß intelligibel seyn. Wenn Papinian selbst vom Miteigenthum lehrt, man habe es nur *juris intellectu*, wie kann man dann den Mitbesitz anders haben?

Schwerer, wie in Ansehung des Besitzes eines ideellen Antheils, wird es mir seyn, die römischen Rechtsgelehrten wegen des Unterschiedes zu rechtfertigen, den sie zwischen einem ideellen Theil von einer bestimmten und einem anderen von einer unbestimmten Größe machen. Wirklich besitzen kann man das Eine so wenig wie das Andere, und ebendaher kann man auch vernünftiger Weise das Eine so wenig besitzen wollen, wie das Andere. Genau genommen kann man einen ideellen Antheil fast noch weniger besitzen, als eine pars incerta. In beiden Fällen ist man unwissend; man kennt zwar im ersteren Fall die Größe des Theils, den man

soli ei adquirat, cujus jussu stipulatus est. *L.* 66. §. 2. *D. de legatis II.* Sed si pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legetur, solutio prior non peremit alteram actionem: atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere: neque plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.

bei der Theilung fordern kann, aber man kennt nicht das zu besitzende Object, ja dieses ist im Grunde noch so gut als gar nicht da. Wenn aber von einer *pars incerta* die Rede ist, wenn z. B. ein Grundstück in der Art übergeben wird: Quidquid mei juris in eo fundo est, tibi trado, so ist es doch möglich, daß dieser Antheil ein bestimmter, eine körperliche Sache ist. Gajus lehrt: Certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale quantumque sit [16]). Wenn nun das Gegentheil incertum ist, so ist auch der ideelle Antheil res incerta; denn wenn man auch die Größe kennt, ist doch schon das quid und quale ungewiß; ja das Object ist nicht bloß ungewiß, es ist, wie gesagt, als gar nicht vorhanden anzusehen. Denn erst bei der Theilung wird es sich ergeben, welcher Theil dem Miteigenthümer zufallen wird.

Der römische Rechtsgelehrte selbst erklärt es, wenigstens in der Anwendung auf einen gewissen Fall für eine *mera subtilitas* [17]), wenn der Antheil von unbekannter Größe kein Gegenstand des Besitzes seyn soll. Die mera subtilitas sprang nur in diesem Fall besonders stark in die Augen, weil die Folge sich ergab, daß die Sache darüber ganz ohne Besitzer seyn würde, aber wesentlich verschieden war dieser Fall von anderen Fällen einer possessio rei *incertae* keinesweges. Die Unterscheidung zwischen pars certa und incerta lehrt indessen oder bestätigt vielmehr, daß der Besitz eines Antheils dem Willen und dem Gedanken angehört. Denn man besitzt einen Antheil von unbekannter Größe nur deshalb nicht, weil man ihn nicht be-

---

[16]) L. 74. D. de Verb. Obl.

[17]) L. 32. §. 2. D. de usurpat. et usucap.

sitzen wollen kann. Im Grunde hört ein Besitz dieser Art beiden Welten an; soweit die Sache besessen wird, der sinnlichen, soweit der Besitz die Größe betrifft, der übersinnlichen. Der Besitz eines ideellen Antheils ist mithin ein bloßer Mentalbesitz, der kein wirklicher Besitz ist, aber vom Gesetz als Besitz behandelt wird. Der Besitzer besitzt den Antheil bloß in Gedanken, — animo possidet.

Entstehen kann ein Mitbesitz dadurch, daß Mehrere dieselbe Sache zusammen erwerben und zusammen in den Besitz derselben gesetzt werden; oder nachdem der Eine die Sache schon in Besitz genommen hat, läßt er den Andern am Besitz Theil nehmen. Er kann auch durch Vermittelung des Richters entstehen, welcher dem Einen den Mitbesitz einer Sache, in deren Besitz der Gegner sich bereits befindet, zuerkennt. Er kann auch dadurch entstehen, daß der Richter, wenn der Besitz streitig ist, Beiden erlaubt, einstweilen zugleich zu besitzen und Handlungen eines Besitzers neben einander vorzunehmen, bis der Streit, wer von ihnen besitze oder ein besseres Recht auf den Besitz habe, in possessorio ordinario oder in petitorio näher erörtert und ausgemittelt seyn wird. Es setzt dieß voraus, daß es möglich ist, daß Beide neben einander im Besitz seyn können [18]) und daß die Gründe, die für den Einen oder Andern sprechen, sich einander die Waage halten, so daß der Richter nicht weiß, wem von denen, deren jeder im Besitz seyn will, er mehr glauben und wen er auch nur einstweilen im Besitz schützen soll. Statt dann zur Sequestration zu schreiten, welche billig das letzte Mittel ist, was der Richter ergreift, schützt er einstweilen Beide im Besitz und schreibt ihnen die Art vor, wie sie sich bei Aus-

---

[18]) *Mev.* Dec. P. 5. dec. 232.

übung des Besitzes zu verhalten haben. Der Richter wählt dieß Mittel, wenn keine Gewaltthätigkeiten zu besorgen oder man hoffen kann, daß sie durch Strafdrohung zu verhüten sind [19]). In diesem Falle entsteht der Besitz doch nicht eigentlich durch den Richter, wenigstens entsteht er nur in solchen Fällen durch ihn, in welchen er nicht schon da war. Ueberhaupt kann der Besitz zunächst nur durch die Handlung desjenigen entstehen, welcher besitzen will, und nur die Autorisation dazu, die Macht, die Handlung vorzunehmen, wodurch der Besitz erworben wird, die bei herrenlosen Sachen vom Gesetz herrührt, bei anderen von dem bisherigen Besitzer, kann auch bisweilen von dem Richter ausgehen. Nicht anders ist es mit dem Mitbesitz, welcher auf dieselbe Art, wie ein Besitz überhaupt erworben und auch auf dieselbe Art verloren wird. Es ist ja dieser Besitz ein Besitz, wie ein anderer, nur daß hier eine zweite, dritte Person u. s. w. neben dem Besitzer besitzt und indem sie an der Gewalt über das Object Theil nimmt, ihn verhindert, es ganz zu besitzen. Nur eine Besitznahme durch Gewalt und Eigenmacht läßt sich hier nicht wohl als möglich denken. Denn verdrängte Jemand den Anderen aus dem Besitz, so wäre er alleiniger Besitzer. Behauptete sich der bisherige Besitzer auf einem Theil des Grundstücks, so hätte er den übrigen, aber keinen ideellen Theil in Besitz genommen [20]).

Auch geschützt wird dieser Besitz, wie ein anderer. Würden durch dieselbe Handlung beide Besitzer im Besitz gestört

---

[19]) *Stryck* c. l. cap. 3. no. 24. sq.

[20]) Zur Bestätigung kann hier dienen *L.* 18. §. 4. *D. de adquir. vel amitt. poss.* Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem, quam intraverit, obtinet.

oder beide des Besitzes entsetzt, so würde es wohl keinen Zweifel leiden, daß sie den gemeinschaftlichen Besitz auch gemeinschaftlich vertheidigen und bald auf Enthaltung von Störungen, bald auf Wiederherstellung des entzogenen Besitzes zusammen klagen könnten. Es würde aber auch jeder seinen Besitz besonders vertheidigen können. Denn der Besitz, der sich in der Wirklichkeit nicht theilen läßt, wenn nicht die Sache zugleich mit getheilt wird, soll ja als getheilt gedacht werden; folglich kann auch jeder Einzelne seinen Antheil am Besitz besonders vertheidigen. Dieß Letztere würde auch Statt finden, wenn nur der Eine im Besitz gestört oder nur der Eine aus dem Besitz verdrängt wäre. Für den Fall einer Störung im Besitz bestätigt das römische Recht dieß ausdrücklich [21]), was für den Fall einer Besitzentsetzung nicht bezweifelt werden kann. Selbst gegen den Mitbesitzer, gegen ihn so gut, wie gegen einen Fremden, wird der Mitbesitz geschützt. Es ist wenigstens überall kein Grund vorhanden, weshalb der Besitz gegen den Nebenmann nicht geschützt werden und der Mitbesitzer nicht eben so gut, wie ein Anderer, wenn er den Mitbesitzer in seinem Besitz stört oder ihn dieses Besitzes entsetzt, mit denselben zum Schutz des Besitzes dienenden Klagen sollte belangt werden können; auch unterscheidet die angeführte Stelle nicht. Fände ja eine andere Klage Statt, so könnte es nur die actio communi dividundo seyn.

[21]) *L. 1. §. 7. D. Uti poss.* Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, *sive pro indiviso possideat.*

II. Zur

II.

Zur Lehre von den Servituten.

(März und April 1836.)

1) Servitus rei communis.

So viel versteht sich zuvörderst, daß ein Grundstück, was im Eigenthum Mehrerer ist, gegen eine fremde Person oder ein fremdes Grundstück sowohl ein jus servitutis haben, als ihm ein onus servitutis gegen sie obliegen kann; und zwar kann das Eine oder das Andere bereits vor der Gemeinschaft entstanden, das Grundstück mit dieser Eigenschaft ein gemeinschaftliches geworden seyn; beides kann aber auch während der Dauer der Gemeinschaft erst entstehen, nur nicht durch den einseitigen Willen des einen Miteigenthümers, wohl aber durch den vereinigten Willen Aller, oder wider ihren Willen durch Verjährung.

Damit durch den Willen der Miteigenthümer für eine gemeinschaftliche Sache eine Dienstbarkeit entstehen oder ihr die Last einer solchen aufgelegt werden könne, ist es nicht genug, daß der Eine die Dienstbarkeit erwirbt oder auflegt — und der Andere dasselbe thut. Der erste Miteigenthümer, welcher für die gemeinschaftliche Sache eine Dienstbarkeit erwarb oder ihr eine solche auflegte, hätte ja möglicherweise nur für seinen Antheil sie erwerben oder auflegen können, und da dies nun nach der Regel des Rechts nicht an-

geht, so hat er keine erworben oder, beziehungsweise, aufgelegt — und von dem zweiten, welcher erwarb oder auflegte und der gleichfalls einseitig handelte, gilt natürlich dasselbe. Beide müssen sie vielmehr bei Entstehung der Dienstbarkeit ihren Willen vereinigen, sie müssen m. a. W. in Gemeinschaft handeln. Einheit des Willens ist erforderlich und dazu gehört, daß beide zugleich wollen. Allein, wenn man diese Forderung des Rechts in ihrer ganzen Strenge in Anwendung bringen wollte, so könnte es leicht geschehen, daß die Sache der Form aufgeopfert würde. Diesen Vorwurf von sich abzulehnen, sieht die Rechtswissenschaft sich genöthigt, von ihrer Forderung etwas abzulassen. Sie begnügt sich, die Regel aufzustellen und zu sagen: so müßte es eigentlich seyn; nachdem sie auf solche Art ihre Ehre in Acht genommen, fügt sie hinzu, was nun allenfalls doch zugelassen werden kann, ohne die Grundsätze der Gerechtigkeit zu verletzen. Sie läßt es also genug seyn, wenn der andere Miteigenthümer auch erst in der Folge beistimmt, und fügt in diesem Fall den zu verschiedenen Zeiten erklärten Willen beider zu Einem Willen zusammen. Die Bestellung der Dienstbarkeit von Seiten des einen Miteigenthümers war der Anfang eines Geschäfts, welches, bis dahin unvollkommen und in suspenso geblieben, durch die später erfolgte gleichlautende Erklärung des Willens des Zweiten vollendet und zu Stande gekommen ist. Ein Zurückrechnen, wie bei bedingten Verträgen, findet hier jedoch nicht statt; es wird nicht so angesehen, als hätte der Zweite schon vormals, als der Erste einwilligte, eingewilligt, sondern, gerade umgekehrt, der Erste hat erst jetzt eingewilligt, da der Zweite seinen Willen erklärte. Und eben daher kommt in Betrachtung, ob dieser jetzt noch einwilligen konnte. Das Zusammenrechnen

und Gültigwerden kann geschehen, wenn Niemanden dadurch geschadet wird; es fällt aber weg, wenn die Rechte Anderer dadurch verletzt werden; es muß also wegfallen, wenn der Erste inmittelst gestorben ist oder seinen Antheil am Grundstücke inmittelst veräussert hat, weil er zwar früher gewollt hat, doch das jetzt nicht mehr will, oder von Rechtswegen nicht mehr wollen kann, was hier mit der Einwilligung des Zweiten zu Einem jetzt erklärten Willen zusammen gerechnet werden soll [1].

---

[1]) *L.* 6. §. 2. *D. comm. praed.* Si duo homines binas aedes communes habeamus, simul tradendo idem efficere possumus, ac si ego solus proprias binas aedes haberem. Sed, et si separatim tradiderimus, idem fiet: sic tamen, ut novissima traditio efficiat etiam praecedentem traditionem efficacem. *L.* 18. *D. eod.* Receptum est, ut plures domini, et non pariter cedentes, servitutes imponant, vel adquirant: ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque fit, atque si eodem tempore omnes cessissent: et ideo, si is, qui primus cessit, vel defunctus fit vel alio genere, vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si post, cum postremus cedat, omnes cessissent Igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem juris est, et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit. Ergo et ex diverso, si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint: et ideo non potest uni vel unus cedere. Idemque dicendum est, et si alter cedat, alter leget servitutes: nam, si omnes socii legent servitutes, et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici, utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi repcetum est.

Indessen ist dieß doch nicht eigentlich der Gegenstand, womit ich mich hier beschäftigen wollte. Die Frage ist es vielmehr, ob es eine Servitus rei communis geben könne. Diese Frage schließt zwei andere in sich. Es fragt sich nämlich:

1) Kann ein Miteigenthümer ein jus servitutis an einer gemeinschaftlichen Sache haben, so daß das onus servitutis dieser gemeinschaftlichen Sache obliegt, während das jus servitutis seiner Person oder seinem ihm ausschließlich eigenen Grundstücke zusteht?

2) Kann einer gemeinschaftlichen Sache, als dem berechtigten Subject, ein jus servitutis zustehen an einer ausschließlich eigenen Sache des Miteigenthümers?

Diese beiden Fragen pflegen die Rechtsgelehrten nicht zu unterscheiden, sondern, wenn sie diesen Punkt nicht etwa ganz mit Stillschweigen übergehen, nur die erstere aufzuwerfen und sie verschieden zu beantworten. Westphal in seinem classischen Werke von den Servituten lehrt indessen Folgendes: In re communi servitus consistere potest, eaque non ita quidem, ut jura ex communione orta, servitutum instar aestimentur; attamen, ut si uni socio jus singulare tribuatur in portione socii, hoc servitutis loco valeat, et e re propria in communem aut ex hac in propriam unius socii, servitus exerceri possit [2]. Allein in diesem Fall ist es ihm nicht gelungen, die Meinung des römischen Rechts treffend darzustellen.

Im Allgemeinen muß man sagen, eine Dienstbarkeit, deren Subject oder Object eine gemeinschaftliche Sache ist, mag zwar nicht häufig vorkommen, aber möglich ist sie. Sie ist den Grundsätzen des römischen Rechts ganz und gar

---

[2]) *Westphal* de libertate et servitutibus praediorum §. 536.

nicht zuwider. Will man wissen, wie sie möglich ist, so muß man Entstehen und Fortdauern unterscheiden. Entstehen kann sie nicht während der Gemeinschaft, wohl aber, wenn sie schon vor der Gemeinschaft entstanden ist, fortdauern.

Wenn also die Frage entsteht, ob ein Miteigenthümer ein jus servitutis an einer gemeinschaftlichen Sache erwerben könne, diese Frage muß verneint werden; ob sie länger noch bestehen könne, wenn sie schon vor der Gemeinschaft vorhanden war? Allerdings. Und mit eben dieser Unterscheidung zwischen Entstehung und Fortdauer muß auch die zweite Frage beantwortet werden. Die Angel, um welche sich hier Alles dreht, ist die bekannte *natura servitutum* individua. Wo diese ausnahmsweise nicht angetroffen wird, da finden auch die Grundsätze keine Anwendung, welche der Regel nach gelten. Doch gehen wir der Ordnung nach, hören wir erst die rationes *dubitandi*, dann die rationes decidendi und urtheilen dann.

Zuvörderst scheint in Beziehung auf beide Fragen die Natur des Eigenthums, als eines vorzüglicheren Rechts, das Zusammenkommen mit einem minder vorzüglichen unmöglich zu machen. Das Eigenthum ist ein jus in re sua und die Gerechtigkeit ein jus in re aliena. Können beide neben einander bestehen? Kann Jemand ein Recht an seiner Sache haben, was nicht schon in dem Eigenthum enthalten wäre? Das römische Recht stellt den Grundsatz auf: Res sua nemini servit [3]). Die eigene Sache des Eigenthümers kann ihm so wenig, als diese sich selbst, dienstbar seyn [4]). — Der

---

[3]) L. 5. D. si uſfr. petatur. L. 33. §. 1. de servit praed. rust.

[4]) Eine Folge des Grundsatzes: res sua nemini servit ist, daß Prädial-Servituten erlöschen, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das Eigenthum des dienenden erwirbt, oder umgekehrt.

Grund dieser Regel kann kein anderer seyn, als daß Niemand Rechte gegen sich selbst haben kann; denn sonst könn-

L. 1. D. quemadmod. servit amitt. Aber wie wird man folgenden Fall entscheiden?

Gesetzt, es liegt zwischen den beiden Grundstücken, dem herrschenden und dem dienenden, ein drittes, dessen Eigenthümer, als die Servitut bestellt ward, weil sie sonst gar nicht entstehen konnte, einwilligte, daß sie über sein dazwischenliegendes Grundstück ausgeübt werde; z. B. er willigte ein, daß das Wasser aus dem dienenden über sein *praedium intermedium* auf das herrschende hingeleitet werde; nun erwirbt der Eigenthümer des herrschenden auch das dienende, oder umgekehrt; ist in diesem Falle nicht die Gerechtigkeit durch *confusio* oder *consolidatio* erloschen? Man wird geneigt seyn, zu glauben, sie sey erloschen, selbst, wenn das Ableiten des Wassers aus dem (ehemals) dienenden Grundstücke über das praedium intermedium auf das (ehemals) herrschende fortgedauert hat; denn seit der Vereinigung beider Grundstücke unter der Herrschaft desselben Eigenthümers, kann das dienende Grundstück nicht weiter als dienstbar betrachtet werden; in Hinsicht auf dieses hat die Dienstbarkeit aufgehört und, da das Leiten des Wassers über das praedium intermedium eine bloße Folge der erlangten Dienstbarkeit, ein bloßes Mittel zum Zweck ist, scheint es, daß auch in Beziehung auf dieses die Dienstbarkeit, also, daß sie völlig und für immer erloschen sey. Aber anders entscheidet diesen Fall der römische Rechtsgelehrte. Die Dienstbarkeit ist nicht erloschen, wenn nicht entweder der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks auch das dritte, zwischen beiden in der Mitte liegende, dazu erworben, oder binnen der gesetzlichen Zeit kein Wasser über das praedium intermedium weiter geleitet und also sein Recht durch Nichtgebrauch verloren hat. *L. 31. D. de servit. praed. rust.* Tria praedia continua trium dominorum adjecta erant: imi praedii dominus, ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat: et per medium fundum, domino concedente, in suum agrum ducebat. Postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, im quem aquam induxerat,

ten ja die beiden Grundstücke, die immer geschieden bleiben, immerhin fortfahren, das eine zu herrschen, das andere zu dienen. — Müssen diese Grundsätze nicht auch auf die gemeinschaftliche Sache Anwendung finden?

Der Grundsatz: Res sua nemini servit kommt hier allerdings auch in Betrachtung; aber doch nur hülfsweise oder nebenbei. Er allein kann hier den Ausschlag nicht geben. Die gemeinschaftliche Sache ist nicht bloß res sua,

---

vendidit, quaesitum est, num imus fundus id jus aquae amisisset, quia cum utraque praedia ejusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. Negavit amisisse servitutem: quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset, et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur: sic eadem servitus ejusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desiisset, aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent. Die Entscheidung scheint auf dem Grundsatze zu beruhen, daß, wenn einem Grundstück ein jus servitutis über mehrere Grundstücke bestellt ist, es deshalb nicht mehrere Servituten sind, sondern nur Eine. So lange der Berechtigte fortfuhr, das praedium intermedium zum Behuf der Wasserleitung zu benutzen, dauerte die Gerechtigkeit fort, und wenn er das dienende Grundstück wieder verkaufte, konnte sie auch gegen den Besitzer desselben wieder geltend gemacht werden, nicht, als wäre sie wieder aufgelebt, sondern, weil sie, eins und untheilbar, wie sie ist, da sie in Hinsicht auf das *praedium intermedium* fortdauerte, auch in Hinsicht auf das dienende erhalten blieb. *L.* 18. *D. de serv. praed. rust.* Una est via, et si per plures fundos imponatur: cum una servitus sit. Denique quaeritur, an si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? et magis est, ut aut tota amittatur aut tota retineatur. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur.

sie ist nur zum Theil sua, zum Theil aber aliena [5]). Sie gehört dem Miteigenthümer zwar, aber nur in Gemeinschaft mit einem Anderen, und so ließe es sich wohl als möglich denken, daß er durch die Zustimmung dieses Anderen Rechte in Ansehung der Sache erwerben könnte, die ihm als einem bloßen Miteigenthümer, dessen Recht durch das gleich starke Recht eines Anderen eingeschränkt ist, an sich nicht zustehen würden. Nicht sein eigenes, aber das Miteigenthum des Anderen könnte beschränkt seyn, und zwar wenigstens in der Art, daß dieser leiden müßte, was er an sich zu leiden nicht nöthig gehabt hätte (denn das Nicht thun dürfen ohne Einwilligung des Miteigenthümers, würde schon aus der Natur des Miteigenthums folgen). Aber, zu jeder Dienstbarkeit gehört ein Object, dem die Dienstbarkeit aufgebürdet wird. Wo ist hier nun das Object, was mit der Dienstbarkeit beschwert werden könnte? Für den eigenen Antheil des Miteigenthümers, der das jus servitutis erwerben soll, kann der gemeinschaftlichen Sache schon deshalb keine auf-

---

5) Bekanntlich gilt ein Handel nicht, der über des Käufers eigene Sache geschlossen ist. L. 16. pr. D. de contrah. emt. L. 34. §. 4. D. eod. L. 61. D. eod. L. 10. C. eod. Aber ein Handel über eine res communis ist nicht so schlechterdings ungültig. Ist die Sache res communis, so gehört sie dem Käufer zum Theil, zum Theil gehört sie ihm nicht; es steckt eine eigene und eine fremde Sache darin. Daraus folgt natürlich, daß der Handel zum Theil — nämlich in Hinsicht auf das Object zum Theil — gültig, zum Theil ungültig ist. Für den Antheil des Käufers gilt der Handel nicht; in Hinsicht auf den fremden Antheil gilt er; daher muß das Kaufgeld verhältnißmäßig vermindert werden. *L. 18. pr. D. de contrah. emt.* Sed si communis ea res emptori cum alio sit: dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emtionem valere, pro parte non valere.

gebürdet werden, weil dieser Antheil *res sua* ist, und ihm seine eigene Sache, so weit sie dieß ist, nicht dienstbar seyn kann. Es könnte überhaupt nur der andere Miteigenthümer für seinen Antheil der gemeinschaftlichen Sache ein onus servitutis aufbürden. Aber dieser Antheil ist kein wirklich abgetheilter Theil, sondern vor der Hand nur in der Vorstellung vorhanden [6]. Es ist eine Größe, die das Verhältniß ausdrückt, nach welchem Jemand an den Früchten oder an der Sache selbst Theil nehmen soll, sie zeigt an, einen wie großen Theil, wenn es zur Theilung kommt, von beiden er fordern kann. Aber man kann nicht mit dem Finger darauf hinweisen und sagen: hier ist er! Ein ideeller Theil kann mit keiner Dienstbarkeit beschwert werden, sondern nur ein wirklicher bestimmter Theil, der eine körperliche Sache und ein Ganzes ist, woran die untheilbare Gerechtigkeit haftet [7]. Dieser Grund ist es, weshalb ein

---

[6]) *L.* 66. §. 2. *D. de legat. II.* Plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent. — *L.* 5. *D. de stipul. servor.* Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus: sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.

[7]) *L.* 2. *D. de servit.* Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest. *L.* 6. *D. eod.* Ad certam partem fundi servitus tam amitti, quam constitui potest. *L.* 8. §. 1. *eod.* Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit. Von einem Antheil an der Sache kann eigentlich nur die Rede seyn bei der res pro indiviso communis. Ein wirklich abgetheilter Theil ist eine Sache für sich. Obwohl auch hier von Theilen geredet wird, so ist doch dieser Ausdruck, wenn er schlechtweg gebraucht wird, nur von ideellen Antheilen zu verstehen. S. auch: *L.* 25. §. 1. *D.*

Miteigenthümer — für sich oder seine (ihm ausschließlich eigene) Sache — kein jus servitutis an der gemeinschaftlichen Sache erwerben kann. Dieselbe Grund macht aber auch, daß für eine gemeinschaftliche Sache der ausschließlich eigenen kein onus servitutis aufgebürdet werden kann. Denn derjenige, dem das eine Grundstück in Gemeinschaft mit einem Anderen, und ein zweites Grundstück ausschließlich gehört, könnte an diesem Letzteren für das Erstere, oder für seinen Antheil daran, überhaupt keine Rechte erwerben, weil er keine Rechte an seiner eigenen Sache, also im Grunde gegen sich selbst erwerben kann. Ihm würde auch hier der Grundsatz im Wege stehen: Res sua nemini servit. Nur der Miteigenthümer könnte sie für seinen Antheil an der Sache erwerben, aber dieser kann eben so wenig für seinen Antheil an dem praedio dominanti ein jus servitutis für dasselbe erwerben [8]), als er für seinen Antheil an dem praedio servienti diesem das onus einer servitus aufbürden kann [9]). Die Zustimmung des anderen Miteigenthümers

---

de Verb. Sign. Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum, sit id non partem sed totum esse: Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.

[8]) *L.* 11. *D. de servit.:* Pro parte dominii servitutem adquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens, viam stipuletur et partem fundi sui postea talienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari, neque adimi via potest; et, si id factum est, neque legatum, neque ademtio valet. *L.* 5. *D. commun. praedior.* — per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.

[9]) *L.* 32. *D. de servit. praed. rust.* — per partes nec adquiri, nec imponi servitutem posse — *L.* 6. §. 1. *D. Com. praed.* — per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri. —

kann hierin, wenn sie gegeben würde, nichts verändern; es würde nur eine andere Form seyn, auf einem Umwege etwas zu bewirken, was auf dem geraden nicht bewirkt werden kann. Der Verstoß gegen die Rechtsregel bliebe immer derselbe.

Aber die Servitus, welche theilweise nicht entstehen kann, diese, wenn sie einmal entstanden ist, dauert unter Umständen fort, unter denen sie nicht hätte entstehen können. Dieselben Gründe, welche machen, daß eine Dienstbarkeit weder an einer gemeinschaftlichen Sache, noch für sie entstehen kann, oder doch ähnliche Gründe — am Ende aber sind es dieselben — hindern, wenn sie bereits vor der Gemeinschaft entstanden ist, daß sie durch sie aufhören sollte. Denn, so wenig eine Dienstbarkeit theilweise erworben wird, eben so wenig wird sie theilweise eingebüßt. Käme hier bloß der Grundsatz in Betrachtung: Res sua nemini servit, so müßte sie in Hinsicht auf den einen Miteigenthümer aufhören. Es kömmt hier aber die Untheilbarkeit der Servituten in Betrachtung; diese macht, daß sie fortdauert. Sie dauert fort, weil sie nicht aufhören kann; ganz dauert sie fort. Wenn also die Dienstbarkeit bereits besteht und der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks einen Antheil an dem dienenden erwirbt, so hört die Dienstbarkeit eben so wenig auf, als wenn umgekehrt der Eigenthümer des bereits dienstbaren Grundstückes einen Antheil an dem herrschenden erwirbt [10]). Sie könnte immer nur zu dem Antheil des Ei-

[10]) *L.* 8. §. 1. *D. de servitut.* Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit. — *L.* 30. §. 1. *D. de servit. praed. urban.* Si partem praedii nactus sim, quod mihi, aut cui ego serviam, non

nen aufhören; sie läßt sich aber nicht theilen, folglich dauert sie fort.

Eine Folge davon, daß die Dienstbarkeit, die in Hinsicht auf den einen Miteigenthümer aufhören müßte, um des anderen Miteigenthümers willen fortdauert und zwar ganz, nicht bloß für seinen Antheil, besteht darin, daß sie von keinem der beiden Miteigenthümer, auch nicht von demjenigen, um dessentwillen sie aufrecht erhalten wird, dem Verpflichteten erlassen werden kann. Er könnte sie immer nur für seinen Antheil erlassen, und theilweise kann sie nicht aufhören[11]).

---

confundi servitutem placet: quia pro parte servitus retinetur. Itaque si praedia mea praediis tuis serviant, et tuorum partem mihi, et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. — *L.* 140. §. *ult. D. de Verb. Obl.* Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est: ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem, socius non potest: et tamen si is, qui stipulatus fuerat, duos heredes relinquerit, non extinguitur stipulatio: et per partem dominorum servitus adquiri non potest: adquisita tamen conservatur, et per partem domini: hoc evenit, si pars praedii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse coeperit.

[11]) *L.* 34. *pr. D. de serv. praed. rust.* Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse ire, agere, nihil agit: et ideo, si duo praedia, quae mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest: quamvis enim unus quisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedia deberent, neque adquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit.

Eine andere Folge enthält *L.* 10. *pr. D. quem ad. mod. servit. amitt.* Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo.

Man kann hiernach als Grundsatz aufstellen: die Dienstbarkeit kann nicht anders als ganz aufhören; kann sie nicht ganz aufhören, so muß sie ganz fortdauern, weil sie untheilbar ist [12]).

Es ist endlich von einer Frage zu handeln, die Julianus aufgeworfen hat. Gesetzt, es steht einem gemeinschaftlichen Grundstücke, als dem herrschenden, ein jus servitutis, nicht etwa an einem Grundstücke des einen Miteigenthümers, sondern an einem fremden zu. Jetzt erwerben die Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks auch das Eigenthum des dienenden; folglich sind nun beide Grundstücke gemeinschaftlich, das dienende ist gemeinschaftlich geworden und das herrschende war es schon vorher. Hier kann es nicht fehlen, die Dienstbarkeit — muß aufhören. Fortdauern kann sie nicht, wie in den vorigen Fällen, weil hier kein Miteigenthümer übrig bleibt, für dessen Antheil sie fortdauern mußte, weil sie nicht theilweise aufhören kann. Beide Miteigenthümer sind in gleicher Lage und jedem steht der Grundsatz im Wege: Res sua nemini servit, der in diesem Falle zur Entscheidung der Rechtsfrage allein ausreicht.

L. 27. *D. de serv. praed. rust.*

Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servi-

---

[12]) Dieß, was Jeder aus dem Vorhergehenden sich schon selbst abgezogen haben wird, bestätigt auch der römische Rechtsgelehrte in *L.* 18. *D. de serv. praed. rust.* Una est via, et si per plures fundos imponatur: cum una servitus sit. Denique quaeritur, an si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? et magis est *ut aut tota amittatur, aut tota retineatur.* Ideoque, si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur.

tus extinguitur: quia par utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit. At si proprio meo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus: quia proprio fundo per communem servitus debere potest.

Es ist nur noch übrig, einiger Stellen zu gedenken, wodurch die aufgestellte Theorie, wenn auch nicht bestätigt, doch auch nicht erschüttert wird.

Zuvörderst lehrt Paulus: an einer gemeinschaftlichen Sache kann man sich kein jus servitutis beilegen, man kann wider Willen des Miteigenthümers weder über die gemeinschaftliche Sache jure servitutis selbst verfügen, noch den Miteigenthümer hindern, dieses zu thun.

L. 26. D. de serv. praed. urb.

In re communi nemo dominorum, jure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit: sed per communi dividundo actionem consequitur soccus, quo minus opus fiat, aut ut id opus, quod fecit, tollat: si modo toti societati prodest opus tolli.

Daß Paulus hier bloß sollte lehren wollen, wie das Miteigenthum nicht zu Handlungen berechtiget, wozu sonst ein jus servitutis erforderlich ist, wie Westphal zu glauben scheint, glaube ich nicht, denn wozu hätte es erst einer Auseinandersetzung bedurft, daß Miteigenthum kein jus servitutis sey; auch ist es auf allen Fall schon genug, daß Paulus den Grundsatz: Res sua nemini servit auf die gemeinschaftliche Sache anwendet, wodurch er deutlich genug zu erkennen giebt, daß auch diese kein Gegenstand einer Gerechtigkeit seyn könne, so wenig als die ausschließlich eigene.

Man

Man könnte aus dieser Stelle sogar den Satz herleiten, die gemeinschaftliche Sache sey überhaupt kein Gegenstand einer Dienstbarkeit, wenn nicht andere Stellen des römischen Rechts uns nöthigten, die Lehre des Paulus auf eine während der Dauer der Gemeinschaft zu erwerbende Dienstbarkeit zu beschränken.

Um zu beweisen, daß gemeinschaftliche Sachen, wie eigene, der Dienstbarkeit unterworfen werden können, beruft Westphal sich auf eine andere Stelle des Paulus, wornach der Erbe die Cautio usufructuaria von demjenigen fordern kann, dem der Erblasser den Nießbrauch des Sclaven vermacht hat, der ihm mit dem Vermächtnißnehmer, der Substanz nach, in Gemeinschaft gehörte.

L. 10. *D. usufructuar. quemadmod. caveat.*

Si servi, qui nobis communis erat, usumfructum tibi legavero, necessaria erit haec cautio heredi meo: quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri, tamen causa ususfructus, qui tuus proprius est, ad officium communi dividundo judicis non pertinebit.

Der Erbe kann also von dem Vermächtnißnehmer Caution fordern. Diese Caution kann nur beim ususfructus *formalis* gefordert werden; aus diesem Umstande schließt Westphal, daß hier ein wirklicher ususfructus Statt finde; dieß werde auch dadurch bestätigt, daß von dem ususfructus gesagt wird: *tuus* (des Vermächtnißnehmers) *proprius est.*

Allein, wenn dem Miteigenthümer der Nießbrauch von dem Miteigenthümer vermacht wird, so geht die Meinung des Letzteren ohne Zweifel dahin, daß er in Zukunft sämmtliche Früchte genießen soll, da ihm, vermöge seines Eigenthums, nur ein Theil derselben gebührte, und dieß Vermächt-

niß würde ihm allerdings zu Gute kommen müssen, auch, wenn es kein wahrer Nießbrauch wäre. Indessen kann das Letztere immerhin zugegeben werden; es folgt doch daraus nur, daß ein *ususfructus* an einer gemeinschaftlichen Sache (nicht auf den eigenen Antheil, wohl aber auf den Antheil des Miteigenthümers) möglich ist. Hingegen folgt daraus nicht, daß alle Servituten ohne Unterschied, und namentlich, daß dingliche an einer gemeinschaftlichen Sache Statt finden können. Zwischen dem ususfructus und andern, namentlich den Realservituten, ist ein sehr erheblicher Unterschied; denn der ususfructus kann theilweise, auch pro parte indivisa, erworben und eingebüßt werden [13]). Bei den dinglichen Servituten findet, wie wir gesehen haben, gerade das Gegentheil Statt.

Noch weniger, wie diese, beweist eine andere Stelle des Pomponius:

L. 27. *pr. D. de serv. praed. urb.*

Si inter me et te communes sunt Titianae aedes, et ex his aliquid *non jure* in alias aedes meas proprias immissum sit, nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in com-

---

[13]) *L.* 5. *D. de usufructu.* Ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hereditarias ususfructus obligatio dividitur: et si ex communi praedio debeatur, una ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio. *L.* 14. *D. quib. mod. usfr. amitt.* Excepta capitis minutione, vel morte, reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt. *L.* 25. *D. eod.* Placet vel certae partis, vel pro indiviso, usumfructum non utendo amitti.

munes meas et tuas aedes quid similiter sit projectum: mihi enim soli tecum est actio.

Diese Stelle ist deshalb merkwürdig, weil hier von beiden Fällen, die bei einer servitus rei communis möglich sind, die Rede ist, da nämlich die gemeinschaftliche Sache als eine der eigenthümlichen — und da die eigenthümliche des Einen als eine der gemeinschaftlichen dienstbare behandelt wird. In beiden Fällen, die hier gleich behandelt werden, kann die Freiheit durch Klagen oder durch Zerstörung dessen, was zur Beinträchtigung der Freiheit angelegt ist, geschützt werden. Die Klage, die hier dem Miteigenthümer beigelegt wird, gegen den anderen Miteigenthümer, der sich eine Gerechtigkeit anmaßt, die ihm nicht zusteht, kann die actio communi dividundo seyn, die ja, nach der nächst vorhergehenden Stelle des Paulus, in Fällen dieser Art gegen den Miteigenthümer angestellt werden kann. Gesetzt aber, es wäre die actio negatoria damit gemeint, wie Westphal annimmt [13]), so wäre damit noch immer nicht bewiesen, was er behauptet; denn die bloße Anmaßung einer Gerechtigkeit von Seiten des Einen, und die bloße Abwehrung derselben von Seiten des Anderen, namentlich durch eine Klage, die unter mehreren Miteigenthümern jedem in solidum zusteht [14]), könnte auch wohl bei gemeinschaftlichen Sachen Statt finden, ohne daß diese deshalb Gegenstand einer Gerechtigkeit sind [15]). Eher ließen sich die Worte: (si) ex his (aedibus) aliquid *non jure* in alias aedes meas proprias

---

[13]) *Westphal* de libertate et servitut. praed. §. 536. Nota 483.

[14]) L. 4. §. 3. D. si serv. vindicetur.

[15]) Und daß dieß wirklich der Fall sey, lehrt folgende Stelle: *L. 14. §. 1. D. si serv. vindicetur.* Si paries communis, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere,

immissum sit, zum Beweise gebrauchen. Man könnte daraus schließen, es sey also auch der entgegengesetzte Fall möglich, nämlich, *jure* und zwar *jure servitutis* aliquid immissum sit. Aber wenn es damit auch nicht auf die fehlende oder gegebene Einwilligung des Miteigenthümers, die Anlage zu machen, zu beziehen, hier vielmehr angenommen wäre, daß eine gemeinschaftliche Sache nicht nur passiv mit dem onus servitutis bebürdet seyn, sondern ihr auch activ ein jus servitutis zustehen könne, so würde dieß, im Einklang mit anderen Stellen, von der Fortdauer einer Last und eines Rechts zu verstehen seyn, was schon vor der Gemeinschaft begründet war.

Es bleibt dabei, an einer gemeinschaftlichen Sache oder für sie an der eigenen Sache des Einen, kann von Seiten eines Miteigenthümers keine Servitut, namentlich keine dingliche, erworben werden, wohl aber ein Nießbrauch; hingegen, wenn zu einer Zeit, da die Sache Gegenstand des dominii solitarii war, die Servitut bereits erworben war, wird sie aufrecht erhalten, auch nachdem sie eine gemeinschaftliche geworden ist. Während der Gemeinschaft kann sie nicht entstehen, weil sie nicht theilweise entstehen kann; sie kann nicht aufhören, weil sie nicht theilweise erlöschen kann; denn eins und untheilbar ist jede Servitut, dem Rechte wie der Ausübung nach, — und was sich überhaupt nicht theilen läßt, wie kann das theilweise erworben oder verloren werden? — nur der ususfructus läßt sich theilen [16]).

Im Grunde läßt sich auch der ususfructus nicht thei-

---

jus tibi non esse parietem illum ita habere.

[16]) *L. 1. §. 9. D. ad L. Falcidiam.* Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut caeterae servitutes individuae sunt etc. *L. 7. eod.* Lege Falcidia interveniente legata servitus, quo-

len, denn der ususfructus ist ja eben so gut ein Recht, als alle anderen Servituten und alle anderen Rechte es sind, und wie kann man ein Recht in Theile zerlegen? Aber, da die Früchte als körperliche Sachen sich theilen lassen, und am Ende bei Rechten Alles auf das Object ankömmt, welches das Ziel des Rechts ist, um dessentwillen man nur Rechte hat, so ist dieß der Grund, weshalb er von den Gesetzen als theilbar behandelt wird, und dieß wird kurz so ausgedrückt: der ususfructus läßt sich theilen. Die Theilbarkeit des Objects macht den ususfructus theilbar, oder bewirkt vielmehr, daß Mehreren ein Recht auf den Genuß der Früchte zustehen kann, die dasselbe Grundstück hervorbringt.

Aus diesem Satz, aus der Theilbarkeit des ususfructus und der Untheilbarkeit anderer Servituten, folgt alles, was sich über den ususfructus, über servitus rei communis u. s. w. sagen läßt, von selbst, so daß jeder mit Hülfe der einfachsten Wahrheiten im Stande seyn würde, alle hier aufzuwerfenden Fragen zu entscheiden, und je genauer und scharfsinniger er beim Schliessen und Unterscheiden zu Werke ginge, um so sicherer dürfte er darauf rechnen, am Ende mit den römischen Rechtsgelehrten zusammen zu treffen.

niam dividi non potest, non aliter in solidum restituitur, nisi partis offeratur aestimatio. *L.* 19. *D. de usu et habit.* Usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. *L.* 5. *D. de usufructu.* Ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hereditarias ususfructus obligatio dividitur: et, si ex communi praedio debeatur, uno ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio. L. 17. D. de servit. L. 23. §. 3. D. de serv. praed. rustic. L. 7. D. de servit. legata. L. 6. D. quemadmod. serv. amitt.

2) Servitus recepta.

Zwischen der bewilligten und der vorbehaltenen Dienstbarkeit ist ein Unterschied und — auch keiner. An sich selbst sind beide so wenig verschieden, daß man sogar in Verlegenheit ist, wenn man beide einander entgegensetzen will, wie man sich ausdrücken soll; bloß die Entstehungsart ist bei beiden nicht ganz dieselbe. Die Art, wie eine vorbehaltene entsteht, weicht nämlich von der gewöhnlichen Form einer durch Vertrag bewilligten Dienstbarkeit und auch mehr scheinbar, als wirklich, ab. Es sollte also zwischen beiden kein Unterschied Statt finden; indessen gilt nach römischem Recht von der vorbehaltenen Einiges, was von der bewilligten nicht gilt; daher auch von ihr besonders zu handeln ist.

Der Eigenthümer, der sein Grundstück veräussert, kann sich eine Dienstbarkeit vorbehalten; mit dem eigenen Ausdruck des römischen Rechts: *potest servitutem recipere sibi.* Dieser Ausdruck drückt die Sache vortrefflich aus; er deutet an, daß derjenige, der das Grundstück weggegeben, eine Dienstbarkeit dagegen zurückempfängt, und das ist es gerade, was hier geschieht. Indessen wird er doch nur mit *excipere* und unserem Vorbehalten in gleicher Bedeutung gebraucht.

Nur für sich, nicht aber für einen Dritten, kann der Eigenthümer sich eine Dienstbarkeit vorbehalten; Javolenus giebt die Regel: Servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest [1]). Der Grund ist, weil man überhaupt nach römischem Recht für einen Dritten sich nichts versprechen lassen [2]) oder vielmehr keine Rechte erwerben kann. Wohl aber kann er, bis zur Tradition hin, einem Dritten eine solche einräumen; nur setzt er sich freilich einer Entschädigungsansprache aus, wenn nicht schon beim Verkauf u. s. w. von einer diesem Individuo einzuräumenden Dienstbarkeit oder auch ohne Bestimmung der Person oder des Grundstücks, die Rede davon gewesen ist. [3]).

Wenn man es genau nehmen will, so kann der Eigenthümer sich keine Dienstbarkeit vorbehalten, weil ihm keine zusteht. Res sua nemini servit. Dieselbe Regel verhindert auch, daß er für jetzt überhaupt keine erwerben kann. Er kann indessen, indem er sich eine solche vorbehält, auf diese oder andere Art zu erkennen geben, daß ihm oder seinem Grundstück in der Folge eine Dienstbarkeit zustehen

---

[1]) *L. 5. D. Com. praed.* Proprium solum vendo, an servitutem talem injungere possim, ut mihi et vicino serviat? Similiter si commune solum vendo, ut mihi et socio serviat, an consequi possim? Respondi servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest. Adjectio, itaque vicini pro supervacuo habenda est; ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem commune vendendo, ut mihi et socio serviat, efficere non possum: quia per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.

[2]) L. 11. D. de obl. et act. L. 38. D. de Verb. Obl. *A. Faber* Rationalia ad L. 5. D. Com. Praed.

[3]) L. 6. §. 3. D. Com. Praed. Die Art muß doch immer ausgedrückt werden. L. 7. D. eod.

soll, nämlich von demselben Augenblick an, da das Grundstück res aliena geworden seyn wird, daß sie also mit dem Uebergange des Eigenthums zugleich entstehen soll. Damit aber Jemand eine Servitut an einem Grundstücke sich vorbehalten könne, wird vorausgesetzt, daß ihm ein zweites übrig bleibt, dem die Dienstbarkeit zum Nutzen gereichen kann, sonst kann er sich wenigstens keine dingliche vorbehalten und was sonst nur als dingliche ertheilt zu werden pflegt, ihm bloß für seine Person zustehen [4]).

Wie aber, wenn er beide Grundstücke zugleich weggiebt, kann er dann für das eine die Gerechtigkeit erwerben und dem anderen sie auflegen? Nein, er würde sie für ein fremdes Grundstück erwerben und einem fremden sie auflegen, und das kann er nicht. Auch entscheidet diesen Fall also Ulpianus.

L. 6. pr. D. Com. Praed.

Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur: vel contra, ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non. Idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum fecere tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas:

---

[4]) *L. 32. D. de usufr.* Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae, non praedii est, veluti usum et usumfructum. Sed etsi excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio: cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione, sive temporali, sive usque ad mortem ejus, qui excepit, usus videtur exceptus.

quia neque adquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest.

Auf entgegengesetzte Art entscheidet ihn Pomponius:

L. 8. *D. eod.*

Si cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat: quia alienis quidem aedibus, nec imponi, nec adquiri servitus potest: sed, ante traditionem peractam, suis magis adquirit, vel imponit is, qui tradit ideoque valebit servitus.

Den Widerspruch zu heben, haben die Ausleger sich auf folgende Art zu helfen gesucht. Sie nehmen an, wenn die Grundstücke *eodem momento* weggegeben sind, dann gilt die geschehene Bestellung und was Pomponius lehrt, im entgegengesetzten Fall aber, was Ulpianus.

Allein, zwischen *simul* und *eodem momento* ist kein Unterschied und zwischen beiden Stellen ein wirklicher Widerspruch. Unter diesen Umständen entsteht die Frage, welche von beiden Meinungen vorzuziehen sey? Ohne Zweifel die Meinung des Ulpianus. Diese spricht nur die Grundsätze aus, die sich aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit ergeben. Hingegen, was Pomponius lehrt, hat keinen rechtlichen Grund. Vor der Tradition blieb das Eigenthum unverändert, und folglich konnte derjenige, der die beiden Grundstücke weggab, weder für das eine eine Gerechtigkeit erwerben, noch dem anderen eine solche auflegen. Sein Wille konnte nur von dem Augenblick an wirken, da ihm die eine und die andere Sache nicht mehr gehörte, folglich gar nicht. Vor der Tradition nicht, weil die Sache *res sua* war, und nach der Tradition nicht, weil sie *aliena* war.

Wenn nun gleich die Meinung des Ulpian an sich den

Vorzug vor der Meinung des Pomponius verdient, so läßt sich doch nicht anders glauben, als daß die Verfertiger der Pandecten, indem sie die letztere in solcher Nähe auf die erstere folgen liessen, zuerst das Gebot der Rechtsregel, und sodann die Milderung des strengen Rechts propter utilitatem vortragen wollten.

Der Eigenthümer kann also, wenn er sein Grundstück veräusserte, sich eine Dienstbarkeit für seine Person oder für ein anderes (beibehaltenes oder an einen Dritten veräußertes) Grundstück vorbehalten und dabei ist merkwürdig, daß, obgleich keine Dienstbarkeit bestellt werden kann, die demjenigen nicht zum Nutzen gereicht, dem sie beigelegt wird, man sich eine unnütze vorbehalten kann, und zwar aus einem Grunde, der keine strenge Prüfung aushält, nämlich das Gesetz kömmt uns zwar nicht zu Hülfe, wenn es darauf ankömmt, etwas Unnützes zu erwerben, nimmt uns aber nicht, was wir einmal erworben haben, obgleich es für uns von keinem Nutzen ist [5]). Denn am Ende erwerben wir auch die vorbehaltene Dienstbarkeit so gut wie eine andere; und das Behalten ist bloß scheinbar. Daß Labeo dieß nicht selbst gesehen hat!

Westphal scheint zu glauben, daß es bei der vorbehaltenen Dienstbarkeit zur Hervorbringung des dinglichen Rechts keiner Quasitraditio bedürfe, wenigstens lehrt er dieß in Beziehung auf den ususfructus. Entschieden und allgemein lehrt

---

[5]) *L.* 19. *D. de servitut.* Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti, si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.

es Anton Faber [6]). Dieß würde also eine neue Anomalie der vorbehaltenen Dienstbarkeit seyn, wenn diese Behauptung nur gegründet wäre. Allein das glaube ich nicht. Ich glaube vielmehr, daß in dieser Hinsicht zwischen der vorbehaltenen und der bewilligten Dienstbarkeit kein Unterschied sey [7]); und zwar glaube ich dieß aus folgenden Gründen:

Zuvörderst sind beide, die vorbehaltene und die bewilligte Dienstbarkeit nicht wesentlich verschieden; es kann daher ohne ausdrückliches Gesetz zwischen beiden keine Verschiedenheit statuirt werden. An einem solchen Gesetz fehlte es.

Zwar giebt es allerdings einige Stellen, aus denen hervorzugehen scheint, daß es zur Entstehung des dinglichen Rechts genug sey, wenn der Veräußerer bei der Tradition erklärt, daß das zu übergebende Grundstück ihm oder seinem zweiten Gruudstück dienstbar seyn und nur mit dieser Last auf den Erwerber übergehen solle [8]). Wenn ich aber bedenke,

---

[6]) Rationalia ad L. 35. D. de servit. praed. urban.

[7]) Westphal beruft sich deshalb auf L. 22. C. de donat., die gar nicht hierher gehört. Die Stelle handelt von Uebergabe der Sache selbst, nicht des Ususfructus. Wer eine Sache veräussert und sich den Ususfructus vorbehält, hat nicht nöthig, dem Erwerber die Sache zu überliefern, um ihn zum Eigenthümer zu machen. Die Uebergabe liegt darin, daß er von jetzt an nur im Namen des Anderen als simplex detentor besitzt. Es ist daher einerlei den Ususfructus sich vorbehalten und die Sache überliefern. Die Stelle gehört also nicht hierher. Zwar kann es auch in Beziehung auf den Ususfructus selbst in dem Fall keiner Traditio bedürfen, wenn derjenige, welcher den Ususfructus haben soll, die Sache in Händen behält, woran ihm der Ususfructus zustehen soll. Aber eine allgemeine Regel, daß es bei vorbehaltenen Servituten keiner Quasitraditio bedürfe, giebt es nicht

[8]) *L. 34. D. de servit. praed. urb.* Et qui duas areas habet, alteram tradendo, servam alteri efficere potest. *L. 35. D. eod.*

daß bei der Uebergabe des Grundstücks keine Dienstbarkeit übergeht, die nicht schon vorher vorhanden war, daß die vorbehaltene erst nach der Uebergabe entstehen kann, nach der Regel: res sua nemini servit, daß folglich diese vorbehaltene Dienstbarkeit in dem Augenblick, da der Veräusserer das Grundstück aus den Händen giebt, nicht als schon vorhanden betrachtet und von der Uebergabe ausgenommen und zurückbehalten werden kann, was ihrer unkörperlichen Natur ohnehin nicht angemessen ist; wenn ich ferner erwäge, daß eine Uebergabe nicht durch bloße Worte geschehen kann, so bin ich schon deshalb geneigt, an der Wahrheit jener Behauptung zu zweifeln.

Wenn ich aber weiter in Betrachtung ziehe, daß, wenn der Eigenthümer sich nur bei dem Geschäft selbst vorgesehen, was auf Veräusserung gerichtet war, wenn er z. B. nur beim Verkauf des Grundstücks sich oder seinem anderen Grundstück die Dienstbarkeit vorbehalten hat, er auf Einräu-

---

Si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur. *L.* 3. *D.* de *Com. Praed.* Duorum praediorum dominus, si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, vel contra, jure imposita servitus intelligitur. *L.* 6. *pr. D. eod.* Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditione dicere: ut vel istae, quae non tradantur, servae sint his, quae traduntur: vel contra, ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. Idem erit et in praediis rusticis. Nam et si quis duos fundos habeat: alium alii potest servum facere tradendo. Duos autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas: quia neque adquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest.

mung des dinglichen Rechts klagen kann, daß der Gegner nämlich es geschehen lasse, daß der Berechtigte das Grundstück als ein ihm dienstbares behandle — agere potest, ut servitus imponatur — [9]), obgleich davon bei der Uebergabe selbst nichts gesagt ist, daß folglich in diesem Fall die Dienstbarkeit erst nach der Uebergabe entsteht, und, was in diesem Fall gilt, auch in dem Fall gelten muß, da bei der Uebergabe die Dienstbarkeit ausgenommen ist, indem nämlich durch diese ein bereits angefangenes Geschäft nur vollendet wird, sie sich nach der Natur desselben richtet und die Bedingungen des Verkaufs bei der Tradition als wiederholt zu betrachten sind — Traditio sequitur naturam tituli — [10]), mithin zwischen beiden Fällen kein Unterschied ist, wie denn auch die römischen Rechtsgelehrten keinen machen, sondern bald von einer beim Verkauf, bald von einer bei der Uebergabe vorbehaltenen Dienstbarkeit reden, als sey beides einerlei [11]); wenn diese Vordersätze richtig sind, so steht auch der Schluß fest, daß es bei der vorbehaltenen Dienstbarkeit zur Hervorbringung des dinglichen Rechts der Quasitraditio, und zwar selbst dann bedürfe, wenn die Dienstbarkeit bei der Tradition des Grundstücks ausdrücklich ausgenommen oder vorbehalten ist — für welchen Fall die Sache nur überhaupt zweifelhaft seyn kann. —

---

[9]) *L.* 35. *D. re servit. praed. urban.* Si binarum aedium dominus dixisset, eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur. *L.* 8. *pr. D. de actionibus emti et vend.* Si tibi liberum praedium tradidero, cum serviens tradere deberem, etiam condictio incerti competit mihi, ut patiaris eam servitutem, quam debuit, imponi.

[10]) Meine Lehre vom Eigenthum S. 173.

[11]) L. 29. 30. D. de servit. praed. rust.

Es ist auch der umgekehrte Fall möglich, nämlich, daß Jemand, der ein Grundstück veräussert, dem Erwerber eine Dienstbarkeit an dem beibehaltenen einräumt. Die natürliche Beschaffenheit zweier benachbarten Grundstücke kann es mit sich bringen, daß das eine von dem, was das andere zu wenig hat, zu viel hat und der Ueberfluß des einen dem Mangel des anderen abhelfen kann. Solange beide Grundstücke unter einer Herrschaft vereinigt waren, bedürfte es keiner Dienstbarkeit, um Ueberfluß und Bedürfniß auszugleichen; jetzt aber, da sie von einander getrennt werden, kann nur eine solche dem Mangel auf die Dauer abhelfen. Welche Veranlassung indessen dazu vorhanden seyn mag, es leidet keinen Zweifel, daß die Dienstbarkeit bei dieser Gelegenheit so gut, wie bei jeder anderen, entstehen kann; nur eine vorbehaltene kann sie nicht genannt werden. Einer solchen steht sie eher entgegen, als zur Seite. Das veräusserte Grundstück soll mit keiner Last bebürdet, sondern mit einem Recht bereichert, was ihm ausserdem nicht zugestanden haben würde, dem Erwerber gehören. Darin kommen beide überein, daß beide erst nach der Uebergabe des Grundstücks entstehen können, und daß bei beiden die Bewilligung oder der Erwerb der Dienstbarkeit dem Erwerb des Eigenthums, welches zum Bewilligen oder Erwerben befugt macht, vorauseilt.

Bei dieser nicht vorbehaltenen, sondern nur bei Gelegenheit der Veräusserung des Grundstücks bestellten Dienstbarkeit, die eben so gut bei jeder anderen Gelegenheit hätte bestellt werden können, ist nun vollends gar kein Grund, wenn überhaupt bei Dienstbarkeiten eine Uebergabe — oder vielmehr ein Analogon derselben — hinzukommen muß, warum sie auch nicht hier erforderlich seyn sollte. Da

gleichwohl von ihr, wie von der vorbehaltenen, auf dieselbe Art geredet, bald von einer beim Verkauf und bald von einer bei der Uebergabe bewilligten Dienstbarkeit dieser Art gehandelt wird [12]), so ist dieß ein neues Argument zum Beweise des Satzes, daß es auch bei der vorbehaltenen Dienstbarkeit einer Quasitraditio in allen Fällen bedürfe.

---

[12]) L. 6. pr. D. de servit. praed. urban. L. 29. 30. D. de servit. praed. rust. L. 3. D. Rom. Praed.

3) Servitus tacita.

Da eine Dienstbarkeit durch den übereinstimmenden Willen derjenigen entsteht, die sie als Last tragen und denen sie als Recht zu Gute kommen soll, des Eigenthümers, der seinem Grundstück diese Last aufbürdet, und desjenigen, dem sie zum Nutzen gereichen soll, und es nirgends vorgeschrieben ist, daß dieser Wille in einer gewissen Form erklärt werde, so läßt sich, wiewohl das römische Recht von einer solchen nicht ausdrücklich redet, an der Möglichkeit einer servitus tacita nicht füglich zweifeln. Wenn es allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts ist, daß der Wille stillschweigend erklärt werden könne, so kann er auch in diesem Fall stillschweigend erklärt werden. Auch statuiren die Rechtsgelehrten eine servitus tacita [1]).

Westphal [2]) scheint sie nur in dem Fall für möglich zu halten, wenn Jemandem ein Recht oder eine Sache ein-

---

[1]) *Mev.* P. 3. dec. 34 Nota, wo es heißt: — etiam tacito pacto servitus constituitur, ubi de mente paciscentium apparet. *Hofacker* Princ. jur. civ. tom. 2. §. 1096.

[2]) de libertate et serv. praed. §. 812.

geräumt ist, welche ohne die hinzukommende Dienstbarkeit für ihn von keinem Nutzen seyn würde. Dieser Schriftsteller geht zu weit, wenn er die Möglichkeit einer servitus tacita auf Fälle beschränkt, von denen es selbst zweifelhaft ist, ob sie einmal Beispiele einer solchen abgeben können. Wir wollen die letzteren zuerst in Betrachtung ziehen. Es hat mit ihnen folgende Bewandniß.

Gleichwie mit dinglichen Servituten ist auch mit persönlichen, namentlich dem Ususfructus, bekanntlich ein Recht auf die s. g. *Adminicula* verbunden. Derjenige, der dem Anderen einen Ususfructus eingeräumt hat, muß ihm Alles erlauben, ohne welches er den eingeräumten Nießbrauch nicht haben kann. Wenn daher das Grundstück, woran ihm das Recht eingeräumt z. B. vermacht ward, so gelegen ist, daß er nur über das Grundstück des Erben dahin gelangen kann, so muß dieser ihm verstatten, über sein Grundstück zu gehen und wenn es nöthig ist, auch zu fahren u. s. w., obgleich ihm das Recht dazu ausdrücklich nicht mit eingeräumt, ja selbst, wenn es ihm entzogen ist [3]). Dieß Recht auf die Ad-

[3]) *L.* 1. §. 1. *Si usufr. pet.* Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest. Et ideo, si ususfructus legetur, necesse est tamen, ut sequatur eum aditus: usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, *ne heres cogatur viam praestare*, inutiliter hoc adjectum ideatur. Item si, usufructu legato, itam ademptum sit, inutilis est ademptio: quia semper sequitur usumfructum. §. 2. Sed si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur ususfructus. §. 3. Utrum autem aditus tantum et iter, an vero et via debeatur fructuario, legato ei usufructu, Pomponius lib. V. dubitat. Et recte putat, prout ususfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum. — §. 4 Sed an et alias utilitates et servitutes ei heres

minicula kann nun als servitus angesehen werden; auch wird es von den römischen Rechtsgelehrten mit dem Namen servitus bezeichnet; und da sie ein solches Recht deshalb statuiren, weil sie annehmen, daß derjenige, der die Dienstbarkeit ertheilte, z. B. den Ususfructus bestellte, gewollt hat, daß der Berechtigte der Hülfsrechte sich mit erfreuen solle, dieser Wille aber nicht ausdrücklich erklärt ist, so scheint es, an dem Daseyn einer servitus tacita könne in Fällen dieser Art nicht gezweifelt werden. Allein, wenn man die Sache näher betrachtet, ist dieß Recht auf die s. g. *Adminicula servitutis* keine eigene servitus, sondern ein bloßes Nebenrecht, was zu einem Hauptrecht gehört, ein bloßes

---

praestare debeat, puta luminum, et aquarum, an vero non? Et puto, eas solas praestare compellendum, sine quibus omnino uti non potest: sed, si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.

L. 10. *de servitutibus praediorum urbanorum.* Gaurus Marcello. Binas aedes habeo, alteras tibi lego: haeres aedes alteras altius tollit: et luminibus tuis officit, et an interesse putes, suas aedes altius tollat, an haereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes accessum haeres ad eam rem, quae legatur, praestare debet: sicut solet quaeri, cum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit: non dubium est, quin haeres (alias) possit altius tollendo, obscurare lumina legatarum aedium. Idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usumfructum legaverit. Non autem (semper) simile est itineris argumentum quia sine accessu nullum est fructus legatum: habitare autem potest, et aedibus obscuratis. Caeterum usufructu loci legato, etiam accessus dandus est, quia, et haustu relicto, iter quoque ad hauriendum praestaretur. Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur: ut non penitus lumen recludatur sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.

Accessorium einer ausdrücklich bestellten Servitus, deren Natur es annimmt.

Andere Rechtsgelehrte pflegen hier der vorbehaltenen Dienstbarkeit zu gedenken und daß diese tacite entstehen könne, zu behaupten. Nämlich, wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, von denen das eine für das andere benutzt wird, das eine oder zu gleicher Zeit an verschiedene beide veräussere, dann gehe der bisherige Gebrauch in eine Dienstbarkeit über, wenn das eine Grundstück ohne den Gebrauch des anderen gar nicht oder nicht vollständig benutzt werden könne [4]). Was solange keine Dienstbarkeit war, als der bisherige Besitzer sich im Besitz beider Grundstücke befand, würde also nach der Veräusserung sich, wie durch ein Wunder, in eine Dienstbarkeit verwandeln.

Auf die Natur der Sache gesehen, kann der Wille nur berücksichtigt werden, wenn er erklärt ist. Wo sind hier nun die Worte oder auch nur die Handlungen, wodurch der Veräusserer den Willen offenbart hätte, sich oder seinem Grundstück eine Gerechtigkeit vorzubehalten? Der Umstand, daß er bisher das eine Grundstück für das andere benutzt hat, kann gar nicht in Betrachtung kommen. Der bisherige Gebrauch kann nicht als ein *onus* der Sache angesehen werden, selbst dann nicht, wenn er auch, was doch immer vorausgesetzt werden müßte, zur Kenntniß des neuen Erwerbers

---

[4]) Mevius lehrt: Non exceptum illud onus, quod aedes venditae habuerunt, *reservatum intelligitur*, eo magis, cum etiam usurpatum. Wenn dieß richtig ist, so ergibt sich die von Mevius daraus gezogene Folgerung, daß, im Fall der Verkäufer erst in der Folge auch das zweite Grundstück verkauft, die für dasselbe vorbehaltene Dienstbarkeit dem Käufer dieses zweiten Grundstücks ebenfalls zu Gute komme, von selbst.

des Grundstücks gelangt wäre. Auch das Bedürfniß und die Abhängigkeit beider Grundstücke von einander konnten an sich selbst nichts bewirken, sondern den Veräusserer bloß veranlassen, bei der Veränderung des Eigenthums sich oder seinem Grundstück eine Dienstbarkeit ausdrücklich vorzubehalten.

Aber das römische Recht pflegt nicht bloß den erklärten, sondern auch den vermuthlichen Willen zu berücksichtigen. Es entsteht die Frage, ob dieß hier geschehen sey.

Zum Beweise des Satzes, daß eine Servitus tacite vorbehalten werden könne, pflegen die Rechtsgelehrten drei Stellen anzuführen, nämlich L. 35. D. de servit. praed. urb. L. 31. D. de leg. 3. L. 15. §. 1. D. de usufr. et usu leg. Davon gehören die ersten beiden gar nicht hierher; die dritte wird zwar jene Theorie gleichfalls nicht bestätigen; sie kann aber zum Beweise dienen, wie genau man die Stellen des römischen Rechts oftmals untersuchen muß, um den verborgenen Sinn derselben ausfindig zu machen. Hier ist sie:

L. 15. §. 1. D. de usufr. et usu leg.

Qui duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est: an fructuario servitus debeatur? Respondit, quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede: ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario praestet: ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec usus-

fructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.

Hier glaubt man also die Bestätigung zu finden, daß eine Servitus tacite bestellt werden könne. Allein, was hiernach in Beziehung auf Vermächtnisse gültig ist, die wenigstens ihrem Ursprunge nach, auf einseitigem Willen beruhen und was sich selbst in Hinsicht auf diese schwerlich rechtfertigen läßt, kann dieß sogleich auf Verträge angewandt werden? Die Verneinung würde keinen Zweifel leiden, wenn hier von demjenigen die Rede wäre, was zum Vortheil des Vermächtnißnehmers gereichte. So aber soll zum Vortheil eines zweiten Vermächtnißnehmers und, was hier besonders merkwürdig ist, auch des Erben, ein Recht vorbehalten seyn, oder vielmehr dem Vermächtnißnehmer eine Last aufgelegt werden, die nur durch den Willen desselben entstehen kann, und der Erbe soll ihn durch Vorenthaltung der vermachten Sache zwingen können, dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß zu handeln. Allein auch so kann der Stelle in Hinsicht auf Dienstbarkeiten, die durch Vertrag bestellt sind, keine Beweiskraft beigelegt werden. Was ein Vermächtnißnehmer sich gefallen lassen muß, der nichts zu fordern, sondern Alles der Güte des Erblassers zu verdanken hat, der ihm die Bedingungen vorschreiben kann, unter denen er das ihm Zugedachte haben soll, hat derjenige noch nicht nöthig, sich gefallen zu lassen, der mit dem Anderen einen Vertrag geschlossen, worin von keiner vorbehaltenen Dienstbarkeit die Rede war. Wenn man einmal annahm, daß der Erblasser, der ein Grundstück vermachte, über welches man gehen mußte, um zu einem anderen Grundstück des Erblassers zu gelangen, es gewollt habe, daß der Vermächtnißnehmer demjenigen, dem der Ususfructus dieses anderen Grund-

stücks vermacht war, den Durchgang erlaube, so mußte der Vermächtnißnehmer sich diesem Willen unterwerfen oder auf die vermachte Sache Verzicht leisten. Es ist aber wohl zu bemerken: von Vorbehalt oder Auflegung einer Gerechtigkeit von Seiten des Erblassers war hier gar nicht die Rede, sonst würde es nicht erst der Bestellung einer solchen durch den Vermächtnißnehmer und keines indirecten Zwanges dazu bedurft haben, sondern derjenige, dem der Ususfructus vermacht war, hatte *per consequentiam* ein Recht auf alles, ohne welches er den ihm vermachten Ususfructus nicht haben konnte; er konnte daher den Zugang über das einschliessende Grundstück, was einem Anderen vermacht war, von dem Erben fordern und dieser wieder den Vermächtnißnehmer durch Vorenthaltung des ihm vermachten Grundstücks nöthigen, ein solches Recht dem Usufructuarius und auch zugleich ihm einzuräumen, weil anzunehmen war, daß der Erblasser, der Jemandem ein eingeschlossenes Grundstück vermachte, gewollt habe, daß ihm der Durchgang durch das ihm gleichfalls gehörende einschliessende Grundstück gewährt werde. Die Gerechtigkeit war also damals gar nicht vorhanden, als das Testament errichtet ward; sie entstand erst durch den Willen des Vermächtnißnehmers, der durch indirecten Zwang genöthigt werden mußte, sie einzuräumen. Eben daher war der Erbe genöthigt, wenn er das Grundstück aus den Händen gegeben, ohne diesen indirecten Zwang anzuwenden, dem Vermächtnißnehmer, dem das einschliessende Grundstück vermacht war, das Recht des Durchganges u. s. w. abzukaufen, um es dem Usufructuarius gewähren zu können, der es nur von ihm zu fordern hatte [5]).

[5]) *L. 44. §. 9. D. de legatis I.* Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget: aditum mihi le-

Man wird vielleicht fragen, wozu bedürfte es doch aller dieser Umstände? Wenn die Einräumung der Gerechtigkeit am Ende auf dem Willen des Erblassers beruhte, warum nahm man nicht lieber an, daß er sie bestellt, sie geradezu dem Usufructuarius beigelegt und seinem zweiten, der Substanz nach vermachten, Grundstück aufgelegt habe? Warum ließ man sie erst einen langen Umweg machen und durch Vermittelung des Erben die entstehen, die man ja unmittelbar hätte entstehen lassen können? — Wenn man nur ein wenig nachdenkt, wird man die römischen Rechtsgelehrten, statt sie zu tadeln, loben. Der Grund, daß sie die Gerechtigkeit nicht unmittelbar entstehen ließen, war sehr zureichend. Sie konnte nicht unmittelbar, nicht per modum legati, entstehen. Der Erblasser, der Jemandem ein Grundstück zum Nießbrauch und einem Anderen ein zweites Grundstück der Substanz nach vermachte, konnte wohl dem Usufructuarius, ausser dem Hauptrecht, ein zweites als Hülfsrecht beilegen; er konnte aber den zweiten Vermächtnißnehmer, oder vielmehr das ihm vermachte Grundstück, mit keiner Gerechtigkeit beschweren. Solange der Erblasser lebte und das Grundstück das seinige war, konnte er diesem Grundstück nicht die Last einer Gerechtigkeit aufbürden. *Res sua nemini servit.* Sie konnte erst entstehen, nachdem das Grundstück in das Eigenthum des Vermächtnißnehmers übergegangen war; dann aber konnte sie nur durch ihn oder mit seinem Willen entstehen. Der Wille, der hier bei dem Erblasser angenommen wird, konnte nur, wenn ich mich so ausdrücken darf, gegen den Erben hin gerich-

---

gatarius non debebit, sed heres cogitur redimere aditum, et praestare.

tet seyn und darin bestehen, daß dieser dem Usufructuarius den Durchgang durch das zweite Grundstück verschaffen solle. Der Erbe mußte dieses durch Vorenthaltung des Grundstücks und in subsidium durch Ankauf zu bewerkstelligen suchen.

Wir sehen also, daß hier gar von keiner vorbehaltenen und auch von keiner stillschweigend vorbehaltenen Servitus die Rede war. Ja, es war selbst nicht einmal von einer Servitus, sondern auch hier nur von einem Nebenrecht auf Adminicula die Rede. Wir sind aber bei dieser Gelegenheit, ohne darnach zu suchen, auf einen anderen Satz gestoßen, daß eine Dienstbarkeit, die zum Nachtheil eines im Testament und sogar mit der Sache selbst, der die Last obliegen soll, bedachten Dritten, nicht des Erben selbst gereichen soll, *per modum legati* nicht, wenigstens nicht anders entstehen kann, als durch einen Umweg [6]).

---

[6]) Dieß wird auch bestätigt durch *L.* 19. *pr D. de usufructu.* Proculus putat insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quae alteri insulae hereditariae debeatur, hoc modo: *si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur; tum ei eorum aedificiorum usumfructum do, lego:* vel sic: *aedium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, aedificatae non erunt, illi usumfructum do, lego.*

4) Von der Weidegerechtigkeit.

Von allen dinglichen Gerechtigkeiten ist keine so wichtig, wie die Weidegerechtigkeit. Den größten Vortheil gewährt sie dem Einen, der ein fremdes Grundstück wie sein eigenes benutzt, ohne an demjenigen Theil zu nehmen, was den Besitz desselben lästig macht; der durch dasselbe ergänzt, was dem eigenen gewöhnlich fehlt. Eine große Last ist sie für denjenigen, dessen Eigenthum dadurch beschränkt wird, der sich in der Benutzung seines Grundstücks gehindert sieht, was er zwar mit Anderen, deren Grundstücken die Last einer Gerechtigkeit obliegt, gemein hat, ihm aber in diesem Fall besonders nachtheilig ist. Jahr aus Jahr ein muß er einen Theil der Früchte, die das Grundstück hervorbringt, dem Nachbar unentgeldlich überlassen, er muß es leiden, daß das Vieh, was auf dem benachbarten Grundstücke gehalten wird, über das seinige getrieben wird, um es abzuweiden und seinem eigenen die Nahrung zu schmälern, oder es ihm unmöglich zu machen, einen so großen Viehstand zu haben, als er außerdem zum Nutzen seines Grundstückes haben könnte. Und beide, Wohlthat und Last, sind mit den Grundstücken von gleicher Dauer. Einmal begründet, hören sie, gleich

anderen Gerechtigkeiten, von selbst nicht wieder auf; sie sind, wie Eigenschaften der Grundstücke, für jeden Besitzer vortheilhaft oder lästig.

Darf man aus dem Umstande schließen, daß der Weidegerechtigkeit im römischen Rechte nur selten und oben hin Erwähnung geschieht, so scheint sie bei den Römern nicht häufig gewesen zu seyn. Denn so wichtig sie auch ist, von ihr ist im römischen Recht nur wenig die Rede. An einigen Stellen kommt der Name, sonst nichts von ihr vor. Nämlich in den Institutionen wird das *jus pascendi* unter den servitutibus rusticis aufgeführt [1]). Dasselbe geschieht von Ulpian in den Pandecten [2]). Außerdem redet Papinianus von der servitus pecoris pascendi, ingleichen *ad aquam appellendi*, von welchen er sagt, daß sie *magis praedii, quam personae*, also dingliche sind; sie könnten indessen auch als persönliche bestellt werden [3]). Ferner erwähnt Paulus gelegentlich der servitus pascui [4]). An einer anderen Stelle lehrt Ulpian, daß es eine Gerechtigkeit dieser Art wohl geben könne; denn Neratius habe es gesagt [5]). Das ist es Alles.

So selten diese Gerechtigkeit bei den Römern seyn mochte, so häufig kommt sie in Deutschland vor, und es sind nicht bloß Stiere, die auf fremdes Gebiet auf die Weide gehen, sondern auch Kühe und Schaafe, überhaupt alle weidenden Thiere, die der Landmann zu halten pflegt.

Bei der Dürftigkeit der Gesetzgebung über diese Art der Gerechtigkeit sahen die Rechtsgelehrten sich genöthigt,

---

[1]) §. 2. I. d. serv. praed.

[2]) L. 1. §. 1. D. d. serv. praed. rust.

[3]) L. 4. D. eod.

[4]) L. 6. §. 1. D. eod.

[5]) L. 3. pr. D. eod.

aus der allgemeinen Natur der Servituten die besondere der servitus pascendi zusammen zu setzen, wobei dann aber manche Fehlgriffe geschehen sind.

1. Darf der Berechtigte fremdes Vieh auf die Weide bringen?

Lehrt z. B. Hellfeldt, daß bei einer unbestimmt ertheilten Weidegerechtigkeit alle Arten von Vieh, nur kein fremdes, auf die Weide gebracht werden dürfen [6]). Ebenso lehrt Günther: In hac servitute ea tantum comprehenduntur pecora, quae dominantis praedii sunt, non aliena [7]).

Es kommt hier, wie in anderen Fällen, zunächst darauf an, was über diesen Punct unter den Besitzern der beiden Grundstücke verabredet ist. Wenn aber nicht ausdrücklich und mit dürren Worten gesagt ist, daß nur eigenes Vieh auf die dienstbare Weide gebracht werden dürfe, so sehe ich nicht, mit welchem Recht fremdes davon ausgeschlossen werden soll. Schon a priori kann man wissen, daß bei einem Rechte, was *praedii magis, quam personae* ist, es nicht darauf ankommen könne, in welchen Verhältnissen der gegenwärtige Besitzer in Hinsicht auf das Vieh, was auf den dienstbaren Weideplätzen weidet, zu Anderen steht. Ob das Vieh dem Besitzer des herrschenden Grundstückes gehört oder nicht, was geht das den Besitzer des dienenden an? Ihm kann es völlig gleichgültig seyn, wer Eigenthümer ist; selbst, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das Vieh entwandt hätte, würde er es nicht von der Weide ausschliessen können. Für ihn muß es genug seyn, daß es auf dem herrschenden Grundstücke zur Bewirthschaftung

---

6) *Hellfeldt* jurispr. forens. §. 679.

7) *Günther* princ. jur. rom. §. 634.

desselben nöthig ist, oder auch nur zum Nutzen desselben gehalten wird, und wenn fremde Häupter darunter sind, daß sie dem Besitzer die Stelle eigener ersetzen. Wie wenig auch das römische Recht über die servitus pascendi enthält, kann doch schon dieß Wenige zur Bestätigung dienen, daß es nicht darauf ankommt, wem die weidenden Thiere gehören; denn Ulpian lehrt nicht, daß eine dingliche Gerechtigkeit bestellt werden könne, vermöge deren der Besitzer des einen Grundstücks seine Stiere auf dem benachbarten Grundstücke weiden lassen dürfe, sondern er sagt: *boves per quos fundus colitur.* Nur so viel muß man zugeben, daß der Besitzer keine fremde Häupter auf fremde Weide bringen dürfe, bloß um sie dort zu ernähren und z. B. den Besitzern anderer benachbarten Grundstücke dadurch eine Wohlthat zu erzeigen, oder sich selbst per indirectum, durch die Vergeltung, die sie ihm dafür geben, einen Vortheil zu verschaffen. Denn die Gerechtigkeit soll zunächst zum Nutzen des herrschenden Grundstücks, nicht aber zum Nutzen anderer Grundstücke, und auch nicht zum Vortheil von Personen gereichen. Daher darf auch der Besitzer des herrschenden Grundstücks, wenn er etwa zu dem Grundstücke, dem die Gerechtigkeit ursprünglich beigelegt ist, ein anderes benachbartes in der Folge hinzu erwirbt, die dienstbare Weide zur Ernährung des dadurch vermehrten Viehstandes nicht mit benutzen [8]).

---

[8]) Daß eine Gerechtigkeit sich auf den Nutzen des herrschenden Grundstückes beschränken müsse und nicht für andere Grundstücke mit benutzt werden dürfe, weder unmittelbar, noch mittelbar, erhellet aus L. 29. D. de serv. praed. rust S. auch *Mevius* P. VII. dec. 319. Mevius gibt die wohlbegründete Regel: Servitus non exercenda ultra jus et usum praedii dominantis. *Mev.* P. VII. dec. 319.

2. *Jus compascendi* des Eigenthümers.

Daß dem Eigenthümer des mit einer Weidegerechtigkeit belasteten Grundstückes das jus compascendi zustehe, daß es ihm von selbst zustehe, und wer ein ausschließliches Recht, die Weide zu benutzen, behaupten will, ein solches besonders erworben haben müsse, darin stimmen alle überein.

Und dennoch könnte an dem Daseyn dieses juris compascendi füglich gezweifelt werden. Ausdrücklich vorbehalten ist es dem Eigenthümer, wenn er es sich nicht etwa selbst vorbehalten hat, nirgends. Im römischen Recht herrscht tiefes Schweigen darüber. Es kommt zwar der Ausdruck *jus compascendi* darin vor [9]), aber in einer ganz anderen Bedeutung. Es wird nämlich ein von Mehreren in Gemeinschaft erworbenes Recht, ihr Vieh auf einem fremden Grundstücke neben einander weiden lassen zu dürfen, darunter verstanden. Was berechtigt uns also, dem Eigenthümer ein solches Recht beizulegen?

Wie, du zweifelst an dem Daseyn eines Rechts, was aus dem Eigenthum von selbst folgt, was dem Eigenthümer von jeher zugestanden hat, was viel älter ist als die bestellte Gerechtigkeit, was

nota 8. Und: Eatenus servitutis jus competit, quatenus praedio dominanti servit seu expedit. *Mev* P. II. dec. 250. nota 4. Daß es auf das Eigenthum der Thiere hier nicht ankomme und der Besitzer des herrschenden Grundstückes auch fremdes Vieh auf die Weide zu bringen berechtigt sey, lehren auch *Bachov* ad *Treutler*. Tom. I. pag. 1039. *Wege* de locat. et cond. C. 4. nro. 20. *Lauterbach* coll. theor. pract. Tit. de serv. praed. rust. §. 10. Struben rechtliche Bedenken Bd. II. S. 75. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II S. 525. Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen Bd. IV. Erörtr. 58. §. 4. S. 297. und viele Andere.

[9]) L. 20. §. 1. D. si servitus vindicitur.

auch nach Bestellung der Gerechtigkeit fortdauern muß, wenn es dem Eigenthümer nicht ausdrücklich entzogen ist? —

Ich zweifle nicht an dem Recht des Eigenthümers, seine Heerden auf eignem Boden zu weiden, ich finde es nur auffallend, daß ihm ein solches Recht zustehen soll, nachdem er es einem Anderen überlassen hat. Gesetzt, Jemand hätte sein Grundstück dem Anderen zum Fruchtgenuß überlassen, darf er dann hinterher sagen, ich will Theil nehmen an dem Fruchtgenuß?

Das darf er freilich nicht, aber dieß ist ein ganz verschiedener Fall. Wenn Jemand dem Anderen erlaubt, das Vieh, was auf seinem Grundstücke gehalten wird, bei ihm auf die Weide zu bringen, ist damit gar nicht gesagt, daß es allein dort weiden solle. Es ist auch gar nicht glaublich, daß Jemand den Willen gehabt haben sollte, seinen eigenen Heerden das Futter zu entziehen, um es fremden zuzuwenden. Es ist vielmehr glaublich, daß er nur seinen Ueberfluß mit dem Nachbar theilen, dem Anderen bloß überlassen will, was er selbst für seine Heerden nicht nöthig hat.

Das Alles könnte man am Ende auch für den sagen, der sein Grundstück dem Anderen zum Fruchtgenuß überlassen hat. Auch dieser, könnte man sagen, hat zunächst für sich sorgen und dem Anderen nur überlassen wollen, was er selbst nicht nöthig hat. Ist dieß nicht eine willkührliche Voraussetzung? Widerspricht es nicht der, in der Natur der Sache gegründeten, Regel des römischen Rechts, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks ohne Erlaubniß des Eigenthümers des herrschenden nichts vornehmen

darf, wodurch dieser an dem vollen Gebrauch des ihm oder seinem Grundstücke beigelegten Rechts gehindert, wodurch dieses Recht beeinträchtigt wird? [10]) Geschieht dieß nicht dadurch, daß er neben den Heerden des herrschenden Grundstücks die seinigen auf den dienstbaren Weideplätzen weiden läßt und jenen dadurch die Nahrung schmälert? —

Und dennoch glaube ich, daß nach römischem Recht man ein jus compascendi statuiren müsse, es muß nur auf andere Art bewiesen werden. Denn der Beweis, den die Ausleger zu führen pflegen, taugt ganz und gar nichts.

Was der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, vermöge der Gerechtigkeit, die seinem Grundstücke beigelegt ist, fordern kann, ist nach Grundsätzen des römischen Rechts nicht gerade die ganze Weide, sondern, so weit diese Forderung durch sie überhaupt befriedigt werden kann, eine zureichende. Wenn er diese nur hat für seine Stiere u. s. w., und zwar in der ganzen Zahl, wie er sie auf die Weide zu bringen berechtigt ist, kann er den Eigenthümer des Grundstücks von der Weide nicht ausschliessen. Der Eigenthümer würde, unter dieser Voraussetzung, selbst Andern eine Gerechtigkeit derselben Art, eine servitus pascendi auf denselben Weideplätzen, einräumen können. Wenn aber der Eigenthümer eine zweite Gerechtigkeit dieser Art bestellen kann, nachdem er schon früher die erste bestellt hat, wie vielmehr wird ihm erlaubt seyn, das selbst zu thun, woran ihn die bestellte Gerechtigkeit nicht hindert, es Andern zu erlauben? Daß der Eigenthümer eine zweite servitus

---

[10]) L. 20. §. 3. D. de serv. praed. urb. L. 13. §. 1. D. de serv. praed. rust. L. 9. pr. si servitus vind. L. 11. pr. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. L. 5. C. de serv. et aqua.

pascendi bestellen kann, wenn und in soweit die erste dadurch nicht beeinträchtigt wird, erhellet aus demjenigen, was im römischen Recht über eine ähnliche Gerechtigkeit, die nämlich ebenfalls darin besteht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zum Nutzen desselben von dem dienenden etwas nehmen darf, gelehrt wird. Wer nämlich dem Nachbar das Recht eingeräumt hat, Wasser aus dem dienenden Grundstücke zu nehmen, es dort an der Quelle zu schöpfen oder auf das herrschende Grundstück hinzuleiten, wer also dem Nachbar das *jus aquae haustus* oder das *jus aquae ductus* bewilligt hat, der darf nichts desto weniger einem andern Nachbar erlauben, aus derselben Quelle Wasser zu schöpfen oder abzuleiten, wenn die Menge des Wassers zur Befriedigung der Bedürfnisse beider hinreicht [11]). Ebenso darf der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, wenn er dem einen Nachbar die Fußsteigs- oder Fahrwegs- oder die Viehtriebsgerechtigkeit eingeräumt hat, einem andern Nachbar erlauben, sich desselben Wegs als eines Fußsteigs, Fahrwegs u. s. w. zu bedienen [12]). Ueberhaupt darf der Eigenthümer Anderen, und folglich auch sich, Alles erlauben, was mit der bereits bestellten Gerechtigkeit nur irgend verein-

---

[11]) *L.* 2. §. 1. *D. de serv. praed. rust.* Aquae ductus et haustus aquae per eundem locum ut ducatur etiam pluribus concedi potest: potest etiam ut diversis diebus vel horis ducatur. §. 2. eod. Si aquae ductus vel haustus aquae sufficiens est, potest et pluribus per eundem locum concedi, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

[12]) *L.* 15. *D. comm. praed.* Qui per certum locum iter aut actum alicui cessisset, eum pluribus per eundem locum, vel iter, vel actum cedere posse, verum est. Quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilominus aliis, quot vellet, multis eas aedes servas facere potest.

einbarlich ist. Nur wenn das ältere Recht in der Art beeinträchtigt wird, daß der Berechtigte das nicht zur Genüge hat, was die Dienstbarkeit ihm gewähren soll, ist die Zustimmung des Berechtigten erforderlich [13]). Als Beeinträchtigung wird es also nicht angesehen, wenn und soweit das neue Recht nicht hindert, daß nicht derjenige, dem das ältere Recht zusteht, den Vortheil, den die Gerechtigkeit ihm gewähren soll, in zureichendem Maaß genießen kann.

Es erhellet aber zugleich, wie das *jus compascendi* dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks nur unter gewissen Einschränkungen beigelegt werden kann.

3. Ist die Weidegerechtigkeit beschränkt auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks?

In unserer Wissenschaft, wie in anderen, gibt es Wahrheiten, die, so klar sie auch sind, nicht von allen dafür erkannt, und wenn auch erkannt, doch nicht gehörig benutzt werden. So lehren Einige, daß die dingliche Gerechtigkeit auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks

---

[13]) Auf solche Art scheinen mit den bereits angeführten folgende Stellen zu vereinigen zu seyn. *L.* 8. *D. de aqua et aqu. pluv. arc. act.* In concedendo jure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur: verum eorum etiam, ad quos ejus aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debeatur: nec immerito: cum enim minuitur jus eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant. Et generaliter, sive in corpore, sive in jure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis jus, voluntatem ejus esse spectandam placet. *L.* 4. *C. de serv. et aqua.* Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate ejus, ad quem usus ejusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere.

beschränkt sey. Selbst bei Gerhard Noodt [14]) heißt es: Servitus ultra praedii *necessitatem* extendi nequit [15]). Ebenso lehrt Günther [16]) von den Realservituten: ultra praedii *necessitatem* extendi non possunt.

Es muß statt *necessitatem* heißen: *utilitatem*.

So wird die Regel auch von Anderen ausgedrückt [17]).

Aber selbst diejenigen, bei denen sonst die Regel, den Worten nach, richtig lautet, verwechseln leicht, wenn es zur Anwendung kommt, *necessitas* und *utilitas* mit einander [18]). Und doch sind beide so leicht zu unterscheiden.

---

[14]) Probabilia jur. civ. Lib. 1. cap. 2.

[15]) Unter Berufung auf L. 5. §. 1. L. 6. L. 24. D. de serv. praed: rust.

[16]) Principia jur. rom. §. 625.

[17]) So lehrt z. B. Voet (ad Tit. Dig. comm. praed. §. 15.). Ultra praedii dominantis utilitatem servitus regulariter non constituitur. Ebenso Westphal (de lib. et servitut. praed. §. 524.) Has itaque (scil servitutes praediorum) ultra fundi, cui serviebatur, utilitatem extendere non permittebatur. Ebenso Hofacker (Princ. jur. civ. Tom. 2. §. 1083.) Servitus praedialis non intelligitur, quae excedat *utilitatem* praedii dominantis, cui consequens est, quod non quidem ad meram personae oblectationem, sed tamen ad amoenitatem praedio dominanti commodam constitui possit.

[18]) z. B. *Pufendorf obs. Tom. I. obs.* 123. Qui ratione praedii sui jus pascendi habet, sive in pascuo communi sive alieno, non potest ultra utilitatem praedii sibi jus in eo asserere. Auch an anderen Stellen (Tom. IV. obs. 109.) bemerkt er, jede Prädialservitut habe den Nutzen des praedii dominantis zum Zwecke. Dasselbe gelte von der servitus pascendi, ut ipsius praedii dominantis utilitas inspiciatur. So weit ist Alles gut; aber gleich darauf wird diese *utilitas* mit *necessitas* verwechselt. Es wird nämlich aus diesem Grundsatze die Folge hergeleitet, es dürfe auf dem herrschenden Grundstücke nicht mehr Vieh gehalten werden, als zur Wirth-

Daß es eine Regel des Inhalts geben sollte: die dingliche Gerechtigkeit ist auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks zu beschränken, oder *servitus praedialis extendi nequit ultra praedii dominantis necessitatem*, kann nicht zugegeben werden.

Das römische Recht weiß von einer solchen Regel nichts. Die dingliche Gerechtigkeit ist nicht gerade auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks eingeschränkt, sie reicht so weit, als der mögliche dadurch zu befördernde Nutzen des Grundstücks reicht. Nie war es die Meinung des römischen Rechts, die dingliche Gerechtigkeit auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes einzuschränken; sie soll aber zum Nutzen des Grundstücks, und zwar nur des Grundstücks gereichen, dem sie beigelegt ist, welches zunächst als das Subject anzusehen ist, dem sie zusteht, indem das Recht als eine das Grundstück begleitende, jedem Besitzer zu Gute gereichende und auf keine Person beschränkte Eigenschaft des Grundstücks bestehen soll. So gut eine persönliche Servitut nicht gilt, wenn die berechtigte Person keinen Nutzen davon hat, so gilt auch die dingliche nicht, wenn sie für das herrschende Grundstück von keinem Nutzen ist.

Jene Regel ist ohne Zweifel dadurch entstanden, daß man eine Aeußerung des Neratius dem Zusammenhange

---

schaft nothwendig ist, und mit eigenem, auf dem herrschenden Grundstücke gewonnenen Futter durchgewintert werden kann. Es lassen sich viele Andere noch namhaft machen, die *necessitas* und *utilitas*, Bedürfniß und Nutzen, in dieser Sphäre mit einander verwechseln.

entrissen hat [19]). Der Rechtsgelehrte sagt freilich von der Gerechtigkeit: *eam non ultra constitui posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est;* allein damit will er andeuten, daß der Eigenthümer nur so viel an Kreide und Kalk nehmen dürfe, als er für das herrschende Grundstück selbst gebraucht; hingegen darf er nicht auch zum Nutzen für andere Grundstücke oder zum Verkauf an andere Personen davon nehmen. Der Nachdruck in jener Stelle ruht nicht auf *opus est*, sondern auf *praedium ipsum*. Die Meinung des Rechtsgelehrten ging nur dahin, den Unterschied zwischen dem Vortheil des herrschenden Grundstücks und demjenigen der Person des Besitzers hervorzuheben. Die genannten beiden Servituten, des Kreidebrechens und Kalkbrennens, hätten leicht über den Nutzen des herrschenden Grundstücks ausgedehnt werden können; daher wird in Ansehung ihrer bemerkt, daß dieß nicht erlaubt sey; in Ansehung der anderen Gerechtigkeiten — des Wasserschöpfens (haustus) und der Viehtränke (pecoris ad aquam appulsus) —, war dieß von selbst so leicht nicht zu besorgen.

Die nächstfolgende Stelle des Paulus, worin in Beziehung auf das jus calcis coquendae et lapidis eximendi und andere Servituten gesagt wird:

Quid ergo, *si praediorum meliorem causam*

---

[19]) *L.* 5. §. 1. *D. de serv. praed. rust.* Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, *non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.*

haec faciant? Non est dubitandum, *quin servitutis sit?*

macht vollends allen Zweifeln ein Ende [20]).

Hiernach wird es aber sehr zweifelhaft, ob der in Deutschland angenommene Grundsatz, bei einer in Hinsicht der Zahl unbeschränkten Weidebefugniß dürfe der Berechtigte nicht mehr Vieh auf die Weide bringen, als er mit eigenem, auf dem herrschenden Grundstücke gewonnenen Futter zu durchwintern im Stande ist, so allerdings richtig sey. Man ging hier von einer unrichtigen Idee aus und mußte zu unrichtigen Folgerungen gelangen. Man nahm nämlich an, das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks dürfe nicht überschritten werden und für die Größe dieses Bedürfnisses sollte die Menge des auf dem Grundstücke gewonnenen Winterfutters den Maßstab an die Hand geben, indem der Besitzer nicht mehr Vieh halten dürfe, als er den Winter über ernähren könne. Nach Grundsätzen des römischen Rechts möchte es schwer seyn, diese Lehre zu rechtfertigen. Sie mag von

---

[20]) *L. 6. pr. D. eod.* Veluti, si figlinas haberet in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportaretur: sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant vel tegulae vel ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent figlinae exercerentur, ususfructus erit. §. 1 tem longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi ejus gratia, quod in fundo est. Item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. Quid ergo, si praediorum meliorem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit. Et hoc et Maccianus probat: in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo: scilicet, si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi; ut, si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.

Landleuten herrühren, die nicht viel von den Gesetzen, oder von Rechtsgelehrten, die gar nichts vom Landbau wußten.

Käme hier wirklich das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks in Betrachtung, so könnte es überall nicht darauf ankommen, wie viel Vieh der Berechtigte mit eigenem, auf dem herrschenden Grundstücke gewonnenen Futter den Winter über zu ernähren vermag, sondern, wie viel er zur Bewirthschaftung des Grundstückes nöthig hat. Dieß könnte eben so gut mehr seyn, als er mit eigenem Futter ernähren kann, da er dann genöthigt seyn würde, wie ja oftmals geschieht, einen Theil des Viehs für den Winter abzuschaffen oder fremdes Futter zu kaufen — und eben so gut weniger, und daher würde bei Anwendung dieses Maßstabes bald dem Einen und bald dem Anderen zu nahe geschehen. Ueberdieß ist auch die Menge des Futters nicht immer gleich, sondern nach den Jahren, und nach der Art, wie das Grundstück benutzt und bewirthschaftet wird, sehr verschieden, und es läßt sich im Sommer nicht vorher sehen, wie viel für das Bedürfniß des bevorstehenden Winters gewonnen werden wird; und wollte man auch nach einem Durchschnitt mehrerer Jahre rechnen, so würde doch, wenn eine solche Rechnungsart hier überhaupt zulässig wäre, sie nur ein sehr unsicheres Resultat gewähren können. Es kommt hier aber auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks überall nicht an, sondern auf den Nutzen desselben, und da sieht jeder leicht, daß der Nutzen des Grundstückes so leicht nicht überschritten werden kann. Vielmehr, je mehr Vieh gehalten wird, um so mehr gewinnt durch Vermehrung der thierischen Schlacken das Grundstück; der Boden wird immer fruchtbarer und das Grundstück immer einträglicher. Zu

viel thut der Landmann in dieser Hinsicht so leicht nicht, wohl aber aus Mangel an Mitteln eher zu wenig.

Der Grundsatz, auf den man sich bei dieser Gelegenheit auch wohl zu berufen pflegt, *servitute civiliter est utendum*, gehört gar nicht hierher. Mit einem so unbestimmten Satz kann man Alles, was man will, beweisen; wenn er dazu dienen muß, das Recht selbst, was dem Berechtigten zusteht, zu verringern, wird er gemißbraucht. Er ist an seinem Platz, wenn z. B. das Vieh keine Feldfrüchte zertreten darf, keine kranken Häupter auf die Weide gebracht werden dürfen; hier aber nicht. Wer dem Anderen ein unbeschränktes Weiderecht einräumt, gibt dadurch deutlich zu erkennen, daß er alle Häupter, die auf dem Grundstücke gehalten werden, auf die Weide bringen darf. Von Rechtswegen gibt es bei einer der Zahl nach unbeschränkten Weidegerechtigkeit keine Schranken, als Unzulänglichkeit der Weide.

4. Collision des Besitzers des dienenden Grundstücks mit dem Berechtigten bei Ausübung der Weidegerechtigkeit.

Wenn dem Eigenthümer das jus compascendi nicht entzogen ist und also die Heerden beider, des Eigenthümers und desjenigen, dem die Weidegerechtigkeit zusteht, neben einander grasen dürfen und nun der Fall eintritt, daß die Weide zur Ernährung beider Heerden nicht hinreicht, so fragt es sich, wer dem Andern weichen müsse, der Eigenthümer oder der Weideberechtigte? Die Rechtsgelehrten haben diese Frage zwar nur in Hinsicht auf die Weidegerechtigkeit aufgeworfen. Indessen ähnliche Fragen, wie diese, können auch bei ähnlichen Gerechtigkeiten vorkommen; sie können auch unter denselben Personen erneuert werden. Denn nach Jahren, in welchen das Gras im Ueberfluß wächst, kommen andere, in

welchen es aus Mangel an Wärme oder Regen sehr zurückbleibt. Aber die Rechtsgelehrten haben nur den Fall vor Augen, da es sich durch ein ungewöhnliches Ereigniß zuträgt, daß die Weide, die Anfangs für beide Heerden hinlängliche Nahrung darbot, in der Folge nicht mehr tauglich ist, sie zu gewähren. Wobei man also genöthigt seyn wird, an Avulsion, Erdfall oder so etwas zu denken.

Ueber die Art, wie die Frage zu entscheiden sey, sind die Meinungen sehr getheilt. Eine solche Verschiedenheit der Ansichten konnte freilich unter denjenigen nicht ausbleiben, die bei Entscheidung der aufgeworfenen Frage von ganz verschiedenen Ideen ausgingen. Einige haben sie zum Vortheil des Eigenthümers [21]), Andere zum Vortheil desjenigen entschieden, dem die Gerechtigkeit zusteht [22]), noch Andere haben beiden gleiche Rechte beigelegt [23]).

Außer diesen Meinungen gibt es noch eine vierte, welche einen Unterschied macht, ob die Zahl des Viehs, welches die Weide betreten darf, bestimmt ist oder nicht. In jenem Fall soll der Eigenthümer demjenigen weichen, dem die Weidegerechtigkeit zusteht, nach der Regel: Eatenus ab usu juris excludor, quatenus id alteri in meo competit. So bemerkt Struben [24]): „Diejenigen, welche dafür halten, es „müsse bei entstehendem Mangel der Grundherr dem zur

---

[21]) *Brunnemann* ad L. 6. Cod. de servit. *Lauterbach* Coll. theor. pract. Lib. 8. Tit. 3. §. 9. *Hofacker* Princ. jur. civ. Tom. II. §. 1105. *Malblanc* Princ. jur. Rom. Tom. II. §. 435 nota 9.

[22]) *Stryck* usus mod. Tit. de serv. praed. rust. §. 15. *Wernher* Obs. Tom. IX. obs. 67.

[23]) *Berger* oeconomia juris II. 3. §. 8. Nro. 7.

[24]) Struben rechtliche Bedenken Bd. IV. Bdnk. 117. §. 3.

„Weide Berechtigten weichen, verdienen nicht immer Beifall, „sondern meines Ermessens nur alsdann, wenn diesem eine „gewisse Anzahl Vieh auf die Weide zu bringen verstattet „ist. Alsdann findet die Regel Platz: Eatenus ab usu „juris excludor, quatenus id alteri in meo competit. „Denn bei dergleichen Bestimmungen hat man darauf Rück- „sicht genommen, daß dem übrigen Vieh hinlängliche Weide „verbleibe, nicht aber bei der Verstattung einer uneingeschränk- „ten Schäferei-Servitut.“

Nach meinem Ermessen kann es hier auf den Unterschied überall nicht ankommen, ob das Weiderecht in Hinsicht auf die Zahl des weidenden Viehs beschränkt sey oder nicht, und die Meinung Strubens, wornach der Berechtigte, der eine bestimmte Zahl auf die Weide bringen darf, wenn zur Ernährung dieser Zahl die Weide nicht hinreicht, dem Eigenthümer vorgehen, ihm aber weichen soll, wenn er in Ansehung der Zahl nicht beschränkt ist, scheint mir eine der seltsamsten zu seyn, die jemals von einem Rechtsgelehrten aufgestellt ist. Wenn es z. B. heißt, es sollen zu ewigen Zeiten die Pferde, Ochsen, Kühe u. s. w., die auf dem Gute A gehalten werden, in dem Walde des Guts B weiden dürfen, so ist dieß ja offenbar mehr, als wenn es hieße: zwanzig Häupter von ihnen. Es könnte zwar seyn, daß in manchen Jahren weniger gehalten würden, aber das Recht selbst ist von einem größeren Umfang, wenn auch der Gebrauch, den der Berechtigte davon macht, nicht immer der ist, den er davon machen könnte. Die Erlaubniß, zwanzig Häupter des auf dem Gute A zu haltenden Viehs auf die Weide zu bringen, ist in der Erlaubniß, alles Vieh, was dort zum Nutzen des Guts gehalten wird, auf die Weide zu bringen, begriffen, aber nicht umgekehrt. Es wäre doch ganz etwas Au-

ßerordentliches und könnte als ein juristisches Räthsel aufgestellt worden, wenn es auch nur einen einzigen Fall gäbe, da ein beschränktes Recht von einem größeren Umfang wäre, als ein unbeschränktes. Das ist etwas Unmögliches. Der Minderberechtigte kann nicht mehr Rechte haben, als der Mehrberechtigte. Der Grundsatz: Eatenus excludor ab usu juris, quatenus id alteri competit, kann zur Begründung eines Unterschiedes nicht angewandt werden, da er auf beide Fälle mit gleicher Stärke anwendbar ist.

Von dieser Meinung, von der man a priori wissen kann, daß sie nicht richtig seyn kann, will ich hinwegsehen und die Frage nun erst zu untersuchen anfangen.

Allein, eben da ich anfangen will, stört mich der Gedanke darin, ob es wohl überhaupt erlaubt seyn könne, die Frage aufzuwerfen.

Gesetzt dem Einen steht das Recht zu, seine Stiere auf dem Gute des Nachbars auf die Weide zu bringen, und zwar alle, die er halten wird, oder doch einen Theil derselben, gleichviel, und er macht von seinem Rechte Gebrauch, ohne daß man sagen kann, er habe es überschritten; dem Eigenthümer ist das jus compascendi nicht entzogen, und auch dieser bringt seine Stiere auf die Weide; gesetzt ferner, die Weide reicht nicht aus, die beiden Heerden zu ernähren; kann hier wohl überhaupt vom Rechte die Rede seyn, oder nicht vielmehr von einem Zustande, der die natürliche Folge hat, daß keiner von beiden seines unbestrittenen Rechts in dem Grade froh wird, wie er außerdem geworden seyn würde. Können die Heerden auf der Weide nicht grade gesättigt werden, so müssen sie sich mit dem, was da ist, begnügen, und jeder Eigenthümer dem Mangel auf andere Art, so gut

er kann, abzuhelfen suchen. Es ist ja nicht grade nothwendig, daß sie dort volle Nahrung finden, sie sollen dort nur weiden dürfen. In der That, wenn beide, der Eigenthümer und der zur Weide Berechtigte — wie ja Manche wirklich angenommen haben — völlig gleiche Rechte hätten, so würde die aufgeworfene Frage durchaus unnütz seyn und keiner von beiden Berechtigten könnte von dem Andern verlangen, daß er seine Heerde vermindere; eben so wenig könnte dieß der Eine von dem Andern.

Aber da die Rechte beider nicht von gleicher Stärke sind, so kann jene Frage allerdings aufgeworfen werden.

Nach der Natur der Sache ist das Recht desjenigen überwiegend, dem die Weidegerechtigkeit zusteht: der Eigenthümer des dienenden Grundstücks muß daher in Collisionsfällen demjenigen weichen, dem das herrschende gehört. Er hat dem Andern ein Recht eingeräumt und darf das, was er bewilligt hat, nicht nach Willkühr zurücknehmen, weder ganz noch zum Theil, weder unmittelbar, noch mittelbar. Hier kann man sagen: Eatenus ab usu juris mei excludor, quatenus id alteri in meo competit. Wenn dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks überhaupt ein jus compascendi zusteht, wie dieß nach römischem Rechte zugegeben werden muß, so kann es ihm doch nur zustehen, wenn und soweit das dem benachbarten Grundstücke beigelegte Weiderecht dadurch nicht beeinträchtigt wird. Er muß also dem zur Weide Berechtigten nachstehen, wenn die Heerde desselben, so lange die seinige in der bisherigen Zahl die Weide mit benutzt, die nöthige Nahrung nicht findet. Nur, wenn und so weit die Weide für das Bedürfniß beider Heerden ausreicht, kann von einer Theil-

nahme derjenigen Heerde die Rede seyn, die auf dem dienenden Grundstück gehalten wird. Wie der Wirth zuerst für den Gast und dann für sich sorgt, muß die fremde Heerde vor der eigenen mit zureichender Nahrung versehen werden. Kurz, das Recht ist auf Seiten desjenigen, dem die Dienstbarkeit zusteht, wenn nicht ein ausschließliches, doch ein vorzügliches.

Dieß kann an und für sich nicht den allergeringsten Zweifel leiden. Indeß, was nicht recht ist, könnte doch als billig von den positiven Gesetzen in Schutz genommen seyn, wiewohl es, wenigstens für diesen besonderen Fall, nicht sehr wahrscheinlich ist. Hören wir also, was die Gegner sagen. Jeder, sagen sie, ist sich selbst der Nächste, und eine Gerechtigkeit, z. B. Wasser zu schöpfen, nur unter der Bedingung ertheilt, wenn ich selbst des Wassers nicht benöthigt seyn werde, weßhalb sie sich auf eine Stelle des Paulus berufen, — L. 19. D. de re judic. — wo freilich nichts davon steht. In Folge dessen gehe der Eigenthümer vor, wenn die Weide für beide Heerden nicht hinlänglich sey, er könne daher in solchem Fall den Besitzer des herrschenden Grundstücks von der Ausübung der Gerechtigkeit abhalten, und eben dieß mögte auch gelten, wenn der dienstbare Wald nicht mehr groß genug sey, das Bedürfniß beider zu befriedigen, des Eigenthümers und desjenigen, dem das Recht zusteht, in diesem Walde Holz zu fällen u. s. w. Gründe und Behauptungen dieser Art bedürfen keiner Widerlegung. Aber, man beruft sich auch auf eine Gesetzstelle, und diese, welche als der eigentliche Sitz der Lehre zu betrachten ist, kann ich nicht mit Stillschweigen übergehen [25].

[25]) Es ist *L. 6. Cod. de serv.* { Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere, allegas, contra statutam consuetu-

Nach meinem Ermessen beweist die Stelle nicht, was sie beweisen soll. Sie spricht gar nicht von dem Fall, wovon hier die Rede ist, da ein dienstbares Grundstück für das Bedürfniß beider Eigenthümer nicht ausreicht und einer von beiden zurückstehen soll. Es wird bloß gesagt, daß es hart sey, ja an Grausamkeit gränze, wenn das Wasser, was auf einem Grundstücke entspringt, fremden Grundstücken zu Theil werden, das eigne aber es entbehren, und, während jene getränkt werden, dieses dürsten soll. Die Stelle ließe sich allenfalls zu Hülfe nehmen, wenn bewiesen werden soll, daß dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks das *jus compascendi* überhaupt zustehe, nicht aber beweist sie, daß dieses noch den Vorzug habe vor der Weidegerechtigkeit. Aber selbst zu jenem Zwecke ist sie nicht tauglich; denn das Ausschließen des Eigenthümers verstieß, wie ausdrücklich bemerkt wird, gegen die bisherige Gewohnheit und eben, weil es gegen die bisherige Gewohnheit verstieß, ward es für unerlaubt erklärt. Dieß war der eigentliche Grund, worauf die Entscheidung beruhte. Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas, *contra statutam consuetudinis formam carere*, te non permittet, heißt es in jener Stelle. Eher noch ließe sich eine andere Stelle, die man für das jus compascendi zum Beweis anführt, zu diesem Zweck benutzen, wenn auch hier nicht von einem auf Gewohnheit beruhenden Rechte, auf fremdem Boden Handlungen vorzunehmen, die sonst nur dem Eigenthümer erlaubt sind — und zwar in

---

dinis formam carere te non permittet: cum sit durum et crudelitati proximum ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari.

diesem Fall, Steine zu brechen — die Rede wäre. Eine solche Gewohnheit ist, sagt die Stelle, aufrecht zu erhalten, nur darf dem Eigenthümer immer nicht gewehrt werden, sein eigenes Bedürfniß an Steinen aus dem Steinbruch zu nehmen: ita tamen lapides caedere debet, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei jure domino adimatur [26]). Allerdings war es nun wohl die Meinung, daß der Eigenthümer allen Uebrigen vorgehen soll, und erst wenn sein Bedürfniß befriedigt worden, Andere an die Reihe kommen sollen; aber ob dieß, ausser dem Fall einer Gewohnheit, auch in anderen Fällen anwendbar sey, ob es nicht auf die Gewohnheit und vielleicht auf diese besondere Art von Gewohnheit zu beschränken, ob es auf Fälle auszudehnen sey, in welchen Jemand eine Gerechtigkeit durch Verträge u. s. w. erworben hat, das ist wohl sehr die Frage. Bei einer bloßen Gewohnheit konnte man etwas unbillig oder unvernünftig finden, was man bei einem, von Einzelnen erworbenen Rechte nur recht gefunden haben würde. Obwohl es dennoch möglich wäre, wenn gerade die Frage im römischen Recht aufgeworfen wäre, wovon hier gehandelt wird, daß die Entscheidung nach der Billigkeit zum Vortheil des Eigenthümers ausgefallen wäre, so läßt sich doch dieß mit Si-

---

[26]) *L.* 13. §. 1. *D. communia praed.* Si constat, in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato, nec publico nomine, quisquam lapides caedere potest, cui id faciendi jus non est, nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut, si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat nisi prius solitum solarium pro hoc domino praestet. Ita tamen lapides caedere debet, postquam satis fecit domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei jure domino adimatur.

cherheit nicht beweisen, und daran kann es hier genug seyn. So lange es an einem solchen Beweise fehlt, so lange es nur noch irgend zweifelhaft ist, ob dies die Meinung des römischen Rechts gewesen sey, muß dasjenige zur Richtschnur dienen, was die Gerechtigkeit gebietet, und der im römischen Recht anerkannten Regel gemäß ist, und der Eigenthümer muß dem Berechtigten nachstehen, nicht bloß in dem Fall, wovon hier die Rede, sondern in allen von gleicher Art.

III.

Zu der Lehre vom Eide.

(Im October 1836.)

1) Actio de jurejurando.

Wenn zur Schlichtung streitiger Rechtsangelegenheiten der Eine von dem Anderen verlangt, er solle die Wahrheit seiner Behauptung beschwören, und dieser auf den Antrag eingeht, so sind in der Zuschiebung des Eides von Seiten des Einen und Annahme desselben von Seiten des Anderen, nach Grundsätzen des römischen Rechts, die Elemente eines stillschweigenden Vertrages enthalten [1]). Die streitenden Theile haben sich unter der Bedingung des zu leistenden Eides — conditio jurisjurandi — mit einander vertragen und verglichen [2]). Der Eine will die Ansprache des Anderen als gegründet gelten lassen, wenn dieser die Wahrheit dessen beschwört, worauf sie sich gründet — oder der Andere will die seinigen aufgeben, wenn der Gegner sein Leugnen mit einem Eide bestätigen wird. Dabei ist merkwürdig, aber mit den Grundsätzen des römischen Rechts übereinstimmend, nur uns, die wir den Eid als Beweismittel betrachten, auffallend, daß der Eid im Allgemeinen darüber zugeschoben

[1]) L. 1. D. de jurejur. L. 25. D. eod. L. 5. §. 2. D. de peculio.

[2]) L. 3. pr. D. eod.

werden kann, z. B. daß die Forderung des Klägers gegründet oder daß sie es nicht sey — se dare, se dare non oportere —, daß dem Kläger die Sache gehöre oder nicht gehöre — rem suam esse, non esse —, ferner über Freiheit und Knechtschaft, sogar über Schwangerschaft u. s. w. [3]). Was es auch seyn mag, worüber der Eid zugeschoben ward, es hing von den streitenden Theilen ab, die Bedingungen, unter denen sie sich vertragen und vergleichen wollten, festzustellen, wie es ihnen gefiel, und daher heißt es hier *jurijurando standum est.* Es kömmt auch gar nicht darauf an, wem die Beweislast obliegt [4]). So kann z. B. der Beklagte dem Kläger den Eid darüber zuschieben, daß die Forderung des Letzteren gegründet sey [5]). Wird der Eid ge-

---

[3]) L. 9. §. 3. et 7. L. 10. L. 11. L. 42. D. de jurejur. L. 28. §. 2. D. de jud.

[4]) L. 9 §. 6. et 7. D. de jurejur. L. 11. D. eod.

[5]) Bei Gericht kann der Eid von demjenigen als ein Mittel zur Hand genommen werden, dem die Last des Beweises obliegt (L. 25. §. 3. D. de probat.), um sich dieser Last zu überheben; er kann nach römischem Recht zugeschoben werden nicht nur über alle klagbar gemachte Ansprüche, sondern auch über einzelne Theile oder Stücke, also, nach einer Unterscheidung, welche die Glossographen aufstellten, die aber auch schon in der L. 12. §. 1. C. de rebus cred. begründet ist, entweder *de tota causa* oder *de certo capitulo.* In unsern Gerichten wird er nur über zu beweisende Thatsachen und zwar nicht bloß geradezu über das thema jurandum, sondern auch über andere Thatsachen, die nur irgend zum Beweise beitragen oder aus denen auf die Wahrheit des zu beweisenden Satzes zu schliessen ist, zugeschoben. *Mev.* P. 9. dec. 76. Juramentum quidem deferri aut admitti non debet, quatenus est supervacuum: at non censendum hoc est ex eo solo, quod non continet directo et verbaliter id ipsum de quo controversia est, sed pro *non supervacuo* habendum, quod in causa aliquem effectum habere poterit etc.

leistet, so ist der beschworne Satz unter den streitenden Theilen für eine Wahrheit anzunehmen, die auch derjenige sich zu Nutzen machen kann, gegen welchen geschworen ist [6]), die Bedingung ist erfüllt, unter welcher der Vertrag geschlossen ward, der Vertrag selbst ist rein geworden — gleichwie er im entgegengesetzten Fall (in Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen über bedingte Verträge) nie zu Stande gekommen ist [7]) — und der Streit ist beendigt [8]), wie wenn er durch den rechtskräftigen Ausspruch des Richters beendigt wäre [9]), ja noch besser, noch unwiderruflicher. Daher lehrt Paulus: Jusjurandum speciem transactionis continet majoremque habet auctoritatem, quam res judicata [10]).

Da also in dem Eide ein stillschweigender Vertrag enthalten ist — wenn dieser nicht etwa gar ausdrücklich geschlossen ist —, so wird dadurch eine neue Verbindlichkeit hervorgebracht, welche, von der alten verschieden, sie nicht gerade verdrängt, wohl aber geeignet ist, sie zu ersetzen, und bei welcher nach dem Daseyn der alten nicht weiter gefragt wird. Nach sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts würde indessen aus diesem Vertrage, wie aus anderen Verträgen, bloß eine natürliche Verbindlichkeit mit den gewöhnlichen Wirkungen derselben entstehen, hätte sich nicht der Prätor in's Mittel gelegt und mit dem *pacto de jurejurando* eine *actio de jurejurando* verbunden. Wie er den Beklagten mit einer Einrede, der exceptio jurisjurandi, in Schutz nimmt, wenn er die Forderung des Gegners mit dem ihm zugeschobenen Eide abgeleugnet hat — die natür-

---

[6]) L. 13. §. 3. D. h. t.
[7]) L. 5. §. 4. D. de jurejur.
[8]) L. 1. C. de rebus cred.
[9]) L. 1. C. cit.
[10]) L. 2. D. de jurejur.

liche Verbindlichkeit desselben erlischt durch den Eid schon *ipso jure* [11]) —, also gewährt er demjenigen eine Klage, welcher Ansprüche an den Anderen machte, deren Wahrheit er auf den Antrag des Gegners beschworen hat [12]).

Aber, es entsteht die Frage, was hat es mit der Klage, die der Prätor dem Kläger, welcher geschworen hat, zu geben verspricht, eigentlich für eine Bewandniß? Ist unter der actio de jurejurando die alte Klage gemeint oder bloß eine neue Eigenschaft der alten, oder ist sie nicht vielmehr eine eigene, neue, eine für sich bestehende Klage? Dieß ist, glaube ich, eine der schwierigsten Fragen, und doch können die Lehrer des Rechts sie nicht ganz von sich weisen. Bei dem engen Zusammenhange, worin die Materien des römischen Rechts mit einander stehen, dürfen wir auch über diese nicht unwissend bleiben, und wir dürfen es um so weniger, je größeren Schwierigkeiten sie unterworfen ist. Mich wenigstens reizen diese Schwierigkeiten mehr, als daß sie mich zurückschrecken sollten.

Die Rechtsgelehrten denken über jene Frage sehr verschieden. Fast von allem, was der eine behauptet, lehrt der andere das Gegentheil. Nicht nur widersprechen sie einander, sondern zum Theil sich selbst.

Cujacius [13]) bemerkt, eine Frage sey es, ob ausser der actio de jurejurando auch die alte Klage noch Statt finde. Fast alle Ausleger glaubten dieß. Es sey hier aber nur eine Klage, die actio jurisjurandi. Die alte Klage sey erloschen, gleichwie durch die actio judicati mit der

---

[11]) L. 95. §. 4. D. de solut.

[12]) §. 11. I. de act. L. 5. §. 2. D. de jurejur. L. 25. D. sq. eod.

[13]) ad L. 8. C. de rebus cred. (opera ed. Neapol. tom. 9. p. 195.)

früheren Klage eine Novation geschieht. Die scheinbar entgegenstehende L. 13. §. 3. D. de jurejur. sey von einem Eide zu verstehen, der coram Praetore zugeschoben sey; hier aber handle es sich von einem in judicio zugeschobenen.

An einem anderen Ort lehrt derselbe Schriftsteller, gleichwie durch pactum conventum, werde auch durch den Eid die Klage aus dem Contract gestaltet und es werde daher z. B. mit der actio emti de jurejurando geklagt oder wenn auf den Eid sententia judicis gefolgt sey, finde actio judicati utilis Statt nach L. 8. C. de rebus cred. [14]).

Bachov ist der Meinung, die actio de jurejurando sey keine neue Klage, sondern die alte Klage habe nur eine neue Eigenschaft angenommen. Der Kläger könne sich auch darauf beschränken, sich bloß der alten Klage ohne jene neue Eigenschaft zu bedienen, wenn ihm diese vortheilhafter sey [15]).

Vinnius lehrt, beide Klagen wären nur den Worten nach, in der That aber nicht verschieden. Es sey hier nur eine Klage vorhanden und diese entstehe aus dem Eide; sie gründe sich auf den Eid. Der Kläger könne freilich noch, wenn er wolle, die alte Klage anstellen; aber kein Vernünftiger werde dieß thun, weil er sich dann mit der Beweislast würde bebürden müssen [16]).

Hingegen behauptet Voet [17]), die actio de jurejurando sey eine persönliche Klage, denn sie entspringe aus einem Vertrage. Nichts desto weniger behauptet er, sie sey keine eigene Klage, sondern lege der alten, persönlichen oder ding-

---

[14]) *Cujacius* ad tit. Cod. de rebus cred. Lit. D. et E. (Opera tom. X. p. 950.)

[15]) *Bachov* ad Treutlerum Vol. I. p. 812. 59.

[16]) *Vinn.* ad §. 11. I. de act.

[17]) ad tit. Dig. de jurejur. nr. 17. 18.

lichen, nur eine neue Eigenschaft bei. Die vorige Klage werde dadurch nicht aufgehoben und der Eid nur uneigentlich eine Novation genannt.

Sehr ausführlich hat über diese Materie Janus a Costa [18]) sich verbreitet.

Auch bei ihm ist die actio de jurejurando eine Modification der Klage, die aus dem Geschäft entspringt, dessen Daseyn der Kläger beschworen hat, z. B. wenn Jemand geschworen hat, dem Beklagten Geld geliehen zu haben, actio si certum petatur de jurejurando, eine Sache ihm abgekauft zu haben, actio emti de jurejurando, mit ihm eine Gesellschaft errichtet zu haben, actio pro socio de jurejurando. Doch stehe es dem Kläger frei, von der actio de jurejurando keinen Gebrauch zu machen und sich der alten Klage zu bedienen. Habe der Kläger den ihm zugeschobenen Eid bei Gericht geschworen, so finde nicht diese Klage, sondern actio rei judicatae Statt; während bei jener in Betrachtung komme, an juratum, komme es bei dieser bloß darauf an, an judicatum sit [19]).

Nach Gerhard Noodt ist hier unter drei verschiedenen Namen — der alten Klage, der actio utilis, der actio in factum — nur eine Klage vorhanden und zwar die vom Prätor im Edict aufgestellte, und diese Klage ist ohne Unterschied, ob die alte Klage eine persönliche oder dingliche war, weil sie auf einem Vertrage beruht, unter allen Umständen eine persönliche [20]).

So verschieden denken die vorzüglichsten Ausleger über die actio de jurejurando; es ist selbst problematisch, ob es

[18]) Com. ad §. 11. J. de act.

[19]) L. 40. D. de minor. L. 75. D. de judiciis.

[20]) *Gerhard Noodt* Com. ad Dig. h. t. verbis: Quod alterum sq. (Opera omnia Tom. 2. p. 229.)

eine Klage dieses Namens gibt. Selbst denjenigen unter den Auslegern, die der Wahrheit näher gekommen sind, fehlt es an einer klaren Einsicht in diese Materie. Man kann ihnen deshalb nichts zur Last legen. Das römische Recht ist ganz dazu gemacht, den Forscher irre zu leiten. Wie es aus den verschiedensten Quellen, nicht selten auf eine gedankenlose Art, zusammengestückt, für uns nicht geschrieben ist und die Bekanntschaft mit den Materien schon voraussetzt, muß man sich oftmals mehr darüber verwundern, wenn wir die Wahrheit finden, als wenn wir sie verfehlen. —

Eine bloße neue Eigenschaft der alten Klage, ein Zusatz derselben ist die *actio de jurejurando* auf keinen Fall. Es gibt keine actio emti, condictio certi ex mutuo etc. *de jurejurando*; nirgends im römischen Recht findet sich von einer Klage mit dem Beisatz *de jurejurando* eine Spur; sie würde dadurch zu einer actio adjectitiae qualitatis werden, und Klagen dieser Art kommen nur in solchen Fällen vor, in welchen aus besonderen Gründen ein Anderer, als der ursprüngliche Schuldner, aus dem Contract, den dieser geschlossen, belangt wird.

Es kann hier nur die Frage seyn:

1) ob die alte Klage ohne Zusatz und Vermehrung oder ob
2) die neue Klage oder ob
3) beide neben einander Statt finden?

Daß die alte Klage — und zwar simpliciter — und nur diese Statt finde, dafür sprechen sehr dringende Gründe.

Der Eid, der hier geschworen, und der Vertrag, der hier geschlossen ist, haben ja durchaus keine Selbstständigkeit, sondern es bezieht sich damit auf eine bereits vorhandene Forderung des Klägers, die der Beklagte für gegründet erkennen will. Der Beklagte hat sich nicht *simpliciter* ver-

bindlich gemacht, zu zahlen, sondern er will diese Forderung sammt allem, was von Rechtswegen dazu gehört, für eine gesetzmäßige gelten lassen und sie befriedigen. Der Eid soll keine neue Forderung begründen; sondern es soll nur mit Hülfe desselben die alte geltend gemacht werden. Der Eid und der Vertrag haben es mit der Forderung selbst gar nicht einmal zu thun, sondern mit dem Beweise derselben. Wird der Kläger beschwören, was er behauptet hat, so soll dieß für wahr angenommen werden, er soll der Beweislast überhoben seyn. Nachdem er den Eid geschworen hat, ist es nun eben so gut, als hätte er seinen Beweis geführt [21]).

Hiermit stimmt überein, was Ulpian lehrt:

L. 5. §. 2. *D. h. t.*

Dato jurejurando, non aliud quaeritur, quam an juratum sit: remissa quaestione, an debeatur: quasi satis probatum sit jurejurando.

Es erhellet hieraus, daß der Eid nur die Stelle des Beweises vertritt und daraus scheint zu folgen, daß mit der alten Forderung die alte Klage unverändert fortdauert.

Ja es gibt Stellen, worin demjenigen, welcher auf Verlangen des Gegners geschworen hat, daß er dieß oder jenes zu fordern habe, ausdrücklich dieselbe Klage beigelegt wird, die aus dem Geschäft entspringt, worüber geschworen ist, und zwar wird dieß nicht als etwas Zweifelhaftes, sondern als eine ausgemachte Wahrheit vorgetragen. Nicht nur Ulpian lehrt dieß, sondern es lehrten dasselbe auch andere von ihm

---

[21]) Ja es ist noch besser; denn nicht nur auf das Recht, Beweis zu fordern, sondern auch auf alle Einwendungen hat der Beklagte verzichtet, wenn er sie sich nicht etwa vorbehalten hat.

namhaft gemachte Rechtsgelehrte; keines einzigen Andersdenkenden wird erwähnt, und wenn etwas zweifelhaft war, bestand es bloß darin, ob der Kläger, **welcher aus dem von ihm beschwornen Geschäft klagen durfte, auch daraus verklagt werden konnte.** Auch dieß wird bejahet.

L. 13. §. 3. *D. h. t.*

Si quis juraverit *vendidisse me ei rem certam*, ex empto agere poterit, ut ei caetera praestentur: id est, res tradatur et de evictione caveatur. An tamen, ad pretium consequendum, ex vendito conveniri possit, videndum? Et si quidem et de hoc ipso juratum est, quod pretium solutum est: nulla pro pretio actio superest, si vero hoc non fuerit juratum, tunc consequens est, de pretio eum teneri.

L. 13. §. 4. *eod.*

Idem dicemus, et si quis *societatem fecisse* juraverit. Nam et is pro socio poterit conveniri.

L. 13. §. 5. *eod.*

Marcellus etiam scribit, si quis juraverit *ob decem pignori dedisse fundum*, non alias eum pignoratitia agere posse, quam si decem solverit, sed et illud adjici, fortassis eum etiam in decem ex jurejurando suo posse conveniri, quod magis probat: cui Quintus Saturninus consentit. Argumentoque utitur ejus, qui juravit, eam, *quae uxor sua fuerit*, *rem sibi in dotem dedisse*. Nam et hic uxori ait utilem de dote actionem dandam: quae non esse extra aequitatem posita, non negaverim.

Daß es dieselbe Klage sey, die nur nicht ausdrücklich im Gesetz gegeben, aber dem Sinn desselben gemäß und durch Interpretation gefunden sey, scheint der Umstand zu bestäti-

gen, daß sie an mehr als einer Stelle mit dem Beinamen utilis bezeichnet wird [22]). Eine solche actio utilis hat ja keine Selbstständigkeit, sondern ist eine Bezeichnung einer anderen bereits vorhandenen Klage. Sie kömmt daher auch ohne diesen Beisatz als actio emti, pro socio u. s. w. namentlich hier vor, zum offenbaren Beweise, daß es dieselbe Klage bleibt.

Nimmt man nun an, daß wegen persönlicher Ansprüche die alte Klage Statt finde, so würde sie auch selbst bei dinglichen Statt finden. Ein Unterschied zwischen beiden kann hier auf keine Weise statuirt werden, und die Stellen, die für die einen beweisen, würden auch für die anderen von Kraft seyn. Auch bei dinglichen Klagen bleibt die Ansprache an sich selbst unverändert, folglich muß es auch die Klage bleiben und der Kläger wird durch den geleisteten Eid bloß der Beweislast überhoben. Es ist freilich immer möglich, daß der Kläger wirklich keine Ansprache zu machen hatte; aber dieß ist auch möglich, wenn er Beweise beigebracht hat. Der Beklagte muß sie nun doch als gegründet gelten lassen, ebenso gut, als wenn der Kläger den vollständigsten Beweis geführt hätte.

Daß auch bei dinglichen Ansprüchen nach dem Eide die alte Klage Statt finde, dafür spricht folgende Stelle:

L. 7. §. 7. D. de Publ. in rem act.

Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris, egoque juravero, *rem meam esse*, competit Publiciana mihi, sed adversus te dumtaxat; ei nempe soli nocere debet jusjurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit, *rem petitoris non esse:*

---

[22]) L. 11. §. 3. D. de jurejur. L. 13. §. 5. L. 29. D. eod.

adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habent actionem.

Wir sehen ferner aus einer Stelle des **Ulpian**, daß demjenigen, welcher dingliche Ansprüche aussergerichtlich beschworen hat, actio *utilis* beigelegt wird, worunter, wie es scheint, keine andere verstanden werden kann, als die gewöhnliche dingliche Klage. Dieß scheint um so weniger zweifelhaft, weil der Grund, warum ihm die actio utilis beigelegt wird, ausdrücklich darin gesetzt wird, daß es ja, wenn er geschworen hat, eben so gut sey, als ob er bewiesen hätte:

L. 11. §. 3. *D. h. t.*

Si, cum de hereditate inter me et te controversia esset, juravero, *hereditatem meam esse*, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere: perindeque haberi, quod juratum est, atque si probatum esset: idcirco utilis actio mihi competit. Quod si ego ex eadem hereditate possiderem, tuque coepisses petere eam a me, cum adversus te jurassem, exceptione me uti debere jurisjurandi. Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit (ut et Julianus scribit), nihil mihi jusjurandum prodesse. —

Diese Gründe sind stark; aber — die Gegengründe sind **stärker**. Man kann zugeben, daß nach der Natur der Sache die alte Forderung nach wie vor durch die alte Klage geltend gemacht werden müßte; aber nach Grundsätzen des römischen Rechts entsteht durch den Eid, zugleich mit einer neuen Verbindlichkeit, eine neue durch ihn begründete Klage.

1. Die eigenen Ausdrücke, deren der Prätor sich über die actio de jurejurando im Edict bedient hat, fehlen uns. Gerhard Noodt [23]) hat sich das Vergnügen gemacht, sie nach der sonstigen Art, wie der Prätor sich auszudrücken pflegt, wiederherzustellen und darnach würde der Prätor sich so ausgedrückt haben: Si actor conditione delata juraverit, vel jusjurandum ei remissum fuerit, ejus rei, de qua delatum fuerit jusjurandum in ipsum, qui detulit jusjurandum, inque eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo. Indessen sind das doch bloße Vermuthungen. Für uns kann es genug seyn, daß er dem Schwörenden eine Klage versprochen hat, worunter denn nur eine solche verstanden werden kann, die vorher nicht vorhanden war. Wäre bloß davon die Rede gewesen, daß der Kläger fortan die alte Klage anstellen solle, zu diesem Zweck würde es der Dazwischenkunft des Prätors nicht bedurft haben.

2. Paulus lehrt: *Jusjurandum* actionem et exceptionem *inducit* etc. [24]). Folglich ist hier von einer durch den Eid hervorgebrachten, ihm eigenthümlichen Klage die Rede.

3. Von dem Kläger, welcher auf Verlangen des Gegners geschworen hat, daß seine Klage gegründet sey, heißt es in den Pandecten an mehreren Stellen: *actionem acquirit* [25]), er erwirbt also eine Klage, folglich kann nicht von der alten schon vorhandenen Klage die Rede seyn, die der Kläger jetzt nicht erst zu erwerben nöthig hat, sondern von einer neuen. Dieß kann um so weniger bezweifelt wer-

---

23) a. a. O. gleich zu Anfange.
24) L. 28. §. 10. D. h. t.
25) L. 9. §. 1. L. 30. pr. D. h. t.

den, da bei dieser Klage nicht weiter die Rede davon ist, *an debeatur*, sondern nur, *an juratum sit*. Bloß dieß Letztere macht hier die Frage aus [26]). Die Klage wird also durch den Eid — oder vielmehr durch den geschlossenen, durch ihn erfüllten Vertrag — durch das pactum de jurejurando — getragen, sie beruht mithin auf einem neuen ihr eigenthümlichen Grunde. Ein neuer Grund würde auch selbst die alte Klage zu einer neuen machen.

4. Alles dieß bestätigt auch Justinian, welcher in den Institutionen [27]) Folgendes darüber bemerkt:

Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime ei accomodat talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

5. Paulus wirft die Frage auf, ob in Fällen, da freventliches Leugnen die poena dupli nach sich zieht, der Kläger, wenn er den ihm zugeschobenen Eid geschworen hat, das Einfache oder das Doppelte fordern könne, und verneint sie, indem er folgenden Grund dafür anführt: et potest dici, *hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari* [28]).

Hiernach wird also durch die *actio de jurejurando*, welche eine eigene für sich bestehende Klage ist — dieß beweisen die Worte *hoc judicio* — nicht sowohl die alte Forderung geltend gemacht, als vielmehr die neue, durch den Eid begründete.

6. Nach dem, was Paulus ausdrücklich lehrt, liegt

[26]) L. 5. §. 2. L. 29. D. h. t.

[27]) §. 11. J. de act. zu verbinden mit §. 8. eod.

[28]) L. 30. pr. D. h. t.

in dem Eide eine Art von Novation [29]). Und in der That nach dem System des römischen Rechts gehört er auch dazu. Es ist hier aber nur von einer Neuerung die Rede, wie sie nach römischem Recht durch Litiscontestation und rechtskräftigen Urtheilsspruch geschieht, von jener gutartigen Novation, welche die Ausleger *cumulativa*, die Glossographen auch wohl *bona* nennen, welche die alte Verbindlichkeit mit allen ihr anklebenden Nebenrechten und Vorzügen und selbst die alte Klage, bis zur Befriedigung des Gläubigers, fortdauern läßt und deren Wirkungen für den Gläubiger rein vortheilhaft sind [30]). Die Novation, welche durch den rechtskräftigen

---

[29]) L. 26. §. 2. D. h. t.

[30]) *L.* 86. *D. de reg. jur.* Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerumque melior. *L.* 87. *D. eod.* Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit. Denique post litem contestatam haeredi quoque prospiceretur, et haeres tenetur ex omnibus causis. *L.* 29. *D. de novat.* Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata. Neque enim deterioram causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem: ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. *L.* 13. §. 4. *D. de pign.* Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus, tenet. Et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aeque hypotheca manet obligata. Multo magis ergo si in personam actum sit, sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata. Nec per hoc vi-

tigen Ausspruch des Richters geschieht, bringt eine eigene Klage hervor, die neben der alten besteht, und das ist die actio rei judicatae. Gerade eben so ist es hier. Das rechtskräftige Urtheil und der vergleichsmäßig geschworne Eid stehen einander völlig gleich [31]) und die *actio de jurejurando* ist *ad exemplum* der *actio rei judicatae* eingeführt. Zwar wird sogleich von Gajus [32]) und

---

detur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem. *L.* 16. §. 5. *D. eod.* Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur. Nam dominium ejus vindicare non potest, sed hypothecaria agere potest; et si exceptio objicietur a possessore rei judicatae, replicet, *si secundum me judicatum non est. L.* 8. *C. eod.* Quamvis personali actione expertus adversus reum vel fidejussores seu mandatores ejus feceris condemnationem, pignoris tamen adhuc habes persecutionem. *L.* 11. *pr. D. de pign. act.* Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit. *L.* 8. §. 3. *D. de fidejussor.* Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Julianus admittit eoque jure utimur. An ergo condemnato reo exceptione uti possit, quaeritur nam ipso jure non liberatur. Et si quidem judicati actionis acceptus est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur uti eum exceptione posse. Si vero acceptus fuerit etiam totius causae, cessabit exceptio. *L.* 41. §. 1. *D. eod.* Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus cum judicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur.

[31]) *L.* 56. *D. de re judicata.* Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur, post orationem Divi Marci: quia in jure confessi pro judicatis habentur.

[32]) L. 27. D. h. t.

bald nachher auch von Paulus selbst [33]) hinzugesetzt, daß der Eid die Stelle der Zahlung vertritt. Ebenso hatte Gajus schon zuvor erklärt, der Sclave, dem die Verwaltung seines Peculii überlassen sey, könne den Eid zuschieben und den zugeschobenen schwören [34]) und Gajus hatte den Grund hinzugefügt: Huic enim solvi quoque recte potest et novandae obligationis jus habuit. Beide Rechtsgelehrte, Paulus und Gajus, unterstützen also einander in der Behauptung, daß der Eid eine Novation enthält und die Stelle der Zahlung vertritt; und es scheint daher, daß hier von einer novatio privativa welche die gewöhnlichen Wirkungen einer solchen hervorbringt die Rede sey. Dagegen erheben sich aber die stärksten Gründe. Es ist nicht einmal ausgemacht, daß wirklich eine alte Forderung vorhanden war und eine neue an deren Stelle treten konnte. Zwar dieß liesse sich wohl noch widerlegen; denn man könnte sagen, eben vermöge des Eides sey eine alte Forderung, wenn sie auch nicht wirklich vorhanden gewesen, als vorhanden anzunehmen, oder, wenn sie vorhanden gewesen, sey sie als getilgt zu betrachten. Aber es war ja gar die Meinung der Paciscenten nicht, eine neue Verbindlichkeit an die Stelle einer alten zu setzen. Der Eid sollte dazu dienen, das Daseyn der alten Forderung auszumitteln, nicht diese zu verändern; er sollte die alte Forderung begründen, nicht sie aufheben. Oder ward durch ihn das Daseyn der alten Forderung bloß deshalb ausgemittelt, damit sie aufhöre? Verstößt dieß nicht gegen eine bekannte Rechtsregel, wonach etwas, was zum Vortheil des Anderen

---

33) L. 28. §. 1. h. t.

34) L. 20. D. h. t.

gereichen soll, nicht zu seinem Nachtheil angewandt werden darf? Daß der Eid die Wirkung der Zahlung habe, bezieht sich ohne Zweifel nur auf den Fall, wovon im Titel der Pandecten de jurejurando hauptsächlich die Rede ist, da der Beklagte geschworen hat, daß er nichts schuldig sey. Hätte der Eid in Hinsicht auf den schwörenden Kläger dieselbe Wirkung, so würde dieser — nichts weiter zu fordern haben. Er hat aber geschworen, daß er etwas zu fordern habe, und kann dieß nicht umsonst oder gar zu seinem Schaden gethan haben. Daß die alte Verbindlichkeit fortdauert, wird ja auch offenbar durch folgenden Ausspruch des Ulpian bestätigt.

L. 9. §. 3. D. de jurejur.

Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit jusjurandum, ut jurem eum dare oportere, egoque juravero, tempore non liberatur: quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

Nämlich die Litiscontestation hat bekanntlich die Wirkung, daß Temporalklagen nun erst mit dem Ablauf von 30 Jahren erlöschen, nun hat die Ablegung des Eides vim litiscontestationis, folglich wird auch durch sie actio temporalis — perpetua. Dieß könnte der Fall nicht seyn, wenn obligatio principalis und mit ihr die alte Klage aufgehört hätte.

Jetzt ist es leicht, die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Die erste haben wir bereits verneint; die zweite muß bejaht werden, aber die Bejahung der dritten bringt die Sache erst aufs Reine. Die durch den Eid begründete neue Forderung dauert neben der alten fort und der Kläger ist berechtigt, nach seinem Gefallen aus der einen oder an-

deren zu klagen [35]). Wäre in dem Eide eine novatio privativa enthalten, so müßte die alte Forderung und mit ihr die alte Klage aufhören und es könnte nur aus dem pacto de jurejurando geklagt werden. Mit der Veränderung der Verbindlichkeit müßte sich auch die Klage verändert haben, mit der Verbindlichkeit ex jurejurando müßte die alte Klage durch die actio de jurejurando verdrängt seyn. Allein jene novatio ist cumulativa, nicht privativa. Daß sie nicht privativa sey, haben einige Ausleger durch ein argumentum de absurdo zu beweisen gesucht; allein damit hat es nicht viel zu bedeuten. Sie haben nämlich gemeint, wäre hier novatio privativa, so würde daraus die Folge entstehen, daß der Kläger, der auf Verlangen des Beklagten seine Behauptung, die Sache gehöre ihm, beschworen hat, sich gegen diesen Beklagten nicht der rei vindicatio bedienen könne. Der Beklagte würde einwenden, du hast geschworen, daß die Sache dir gehöre, folglich steht rei vindicatio dir nicht zu [36]). Das Ungereimte, was hierin liegen soll, kann ich nicht finden. Denn es versteht sich ja, daß es mit der Novation auf dingliche Ansprüche nicht, sondern nur auf persönliche bezogen werden kann. Indessen, wenn auch der dafür beigebrachte Beweis nicht viel taugt, die Behauptung selbst ist nichts desto weniger gegründet. Die wahren Gründe, worauf sie beruht, ergeben sich aus dem, was ich bereits gesagt habe.

---

[35]) *Vinn.* ad §. 11. I. de act. Bachov. de act. disp 8. thes. 1. *Lauterbach.* Coll. theor. pract. h. t. §. 58. Schmidt von Klagen und Einreden §. 745.

[36]) *Hilliger* in *Donell. lib.* 24. c. 16. lit. D. *Brunnemann* ad ad L. 8. C. de jurejur.

Durch den Eid entsteht also eine eigene Verbindlichkeit und eine eigene Klage, neben der fortdauernden alten. — Dadurch verschwinden alle scheinbaren Widersprüche und die rationes dubitandi gehen mit den rationibus decidendi Hand in Hand. — Die neue Klage ist eine persönliche. Denn sie wird an mehreren Stellen actio in factum genannt; sie entspringt aus einem Vertrage und Justinian in den Institutionen zählt sie ausdrücklich unter den persönlichen Klagen auf [37]). Eine persönliche Klage ist sie selbst dann, wenn es dingliche Ansprüche waren, zu deren Begründung der Eid zugeschoben ward [38]). Die actio judicati ist eine persönliche Klage [39]), auch wenn über dingliche Ansprüche geurtheilt ward [40]), und die actio de jurejurando ist, wie gesagt, ad exemplum der actio rei judicatae eingeführt [41]). Gründe über Gründe, sie für eine persönliche Klage und unter allen Umständen für eine solche zu erklären.

Die Sache scheint sich nun überhaupt so zu gestalten. Durch den Eid oder vielmehr durch den dabei zum Grunde liegenden Vertrag entsteht eine neue Forderung, neben welcher bei persönlichen die alte fortdauert. Von dinglichen Ansprüchen versteht es sich ohnehin von selbst, daß sie nicht aufhören, sie können aber vermöge des pacti de jurejurando nun als persönliche geltend gemacht werden. Denn es versteht sich ja, daß der zugeschobene und geschworne Eid oder vielmehr

---

[37]) §. 8. et 11. J. de act. *G. Noodt* c. l. verbis: Sed qualis etc.

[38]) *G. Noodt* c. l. *Vinn.* ad §. 11. J. de act. *Lauterbach* coll. theor. pract. h. t. §. 58.

[39]) L. 6. §. ult. D. de re jud.

[40]) *Voet.* ad tit. Dig. de re jud. §. 30.

[41]) L. 8. C. de rebus cred.

der Vertrag, der dabei zum Grunde liegt, seine Wirkung nur unter den Paciscenten äussern kann. Einem Dritten kann er so wenig schaden, als wenig er ihm zum Vortheil gereicht [42]). Der Eid oder das durch ihn erworbene Recht, ohne weiteren Beweis Anerkennung des behaupteten Hauptrechts und Befriedigung fordern zu können, kann natürlich bloß gegen denjenigen geltend gemacht werden, der den Eid zuschob. Gegen den Dritten wird eine dingliche Klage allerdings auch Statt finden, allein kein Dritter wird nöthig haben, sich das gefallen zu lassen, was derjenige sich gefallen ließ, der den Eid zuschob. Jeder Dritte wird Beweis fordern können. Die Klage, die dem Schwörenden vermöge des pacti de jurejurando zusteht, ist mit der alten Klage nicht dieselbe; sie ist auch keine neue Eigenschaft der alten Klage, sie ist vielmehr eine eigene, für sich bestehende, welche auf einem ganz anderen Grunde beruht. Der Kläger gründet sich z. B. nicht darauf, daß er dem Beklagten Geld geliehen und dieser es nach sechs Monaten mit fünf Procent Zinsen zurückzuzahlen versprochen, sondern, daß er auf Verlangen des Gegners geschworen hat, dieß sey geschehen. Das Darlehn selbst bedarf keines Beweises; wohl aber muß der auf Verlangen des Gegners geleistete Eid, als das jetzige *fundamentum agendi*, ausgemittelt werden [43]); dann nimmt die Verurtheilung des Beklagten weiter keinen Anstand. Obwohl nun die neue Klage auf einem anderen Grunde beruht, wie die alte, so ist sie doch am Ende mit ihr von demselben Inhalt, indem ja der Kläger mit

---

[42]) L. 9. §. 7. L. 10. L. 11. §. 3. D. h. t. L. 7. §. 7. D. de Publ. in rem act.

[43]) L. 29. D. h. t.

Hülfe ihrer erlangen will, was der Beklagte z. B. durch den, wenn auch nicht geschlossenen, doch beschwornen Vertrag zu leisten sich verbindlich gemacht. Durch die neue Klage wird die alte Forderung geltend gemacht, selbst wenn sie auch an sich ungegründet gewesen wäre. Die neue Klage nimmt daher, wenn ich so sagen darf, den Leib der alten in sich auf und es ist eben so gut, als hätte der Kläger mit der alten selbst geklagt. Auch bei dinglichen Ansprüchen gilt dieser Grundsatz [44]).

Und hier finden wir nun den Schlüssel zu dem, was in dieser Materie besonders räthselhaft ist. Nämlich, eben weil die neue Klage mit der alten von demselben Inhalt ist und sie in dem nächsten Grunde von ihr verschieden, doch in dem letzten mit ihr zusammentrifft, indem z. B. ein vermöge des Eides als vorhanden anzunehmender Kauf dadurch geltend gemacht werden soll, rührt es daher, daß diese Klage auch mit dem Kunstnamen benannt wird, den die alte Klage führt, daß sie als actio emti, pro socio etc. utilis, auch simpliciter als actio utilis bezeichnet wird.

Noch leichter läßt sich erklären, was Ulpian lehrt, wenn man annimmt, daß Ulpian an jener oben angeführten Stelle (L. 13. §. 3. 4. 5. D. de jurejur.) gar nicht von der Klage redet, die aus dem Eide entspringt, sondern von der alten Klage, die ungeachtet des Eides fortdauert, und dieß um so mehr, da es ihm nur darum zu thun war, die Frage zu erörtern, ob der Beklagte, der den Eid zugeschoben und der aus dem *pacto de jurejurando* natürlich nicht klagen kann, den Eid benutzen kann, um aus dem alten Contract zu klagen.

---

[44]) L. 11. §. 1. 2. et 3. D. h. t.

Daß endlich demjenigen, welcher die Sache in Ansprache nahm und der auf Verlangen des Gegners geschworen hat, sie sey die seinige, die *publiciana* beigelegt wird, aber nur gegen denjenigen, der den Eid zugeschoben hat, das nimmt mich nicht Wunder; ich finde vielmehr alles in der Ordnung und mit den Grundsätzen des römischen Rechts in Uebereinstimmung. Zu deutlich lehrt Ulpian, daß wegen dinglicher Ansprüche, wenn geschworen ist, mit der persönlichen Klage geklagt werden könne, als daß daran gezweifelt werden könnte [45]). Aber auch dingliche finden Statt. Dingliche Ansprüche werden nicht durch Novation getilgt; und die Art von Novation, welche in der res judicata und folglich auch in dem Eide enthalten ist, tilgt selbst persönliche nicht.

In dieser Stelle wollte Ulpian untersuchen, ob der geschworne Eid oder der dabei zum Grunde liegende Vertrag die Stelle eines Erwerbtitels vertreten könne, wovon nach dem ganzen Zusammenhange nur die Rede war, so daß, wenn der Kläger in Folge dessen zum Besitz gelangt ist, er im Stande sey, die publiciana darauf, wie auf einen anderen gerechten Titel, zu gründen. Er bejaht diese Frage, insofern die Klage gegen denjenigen angestellt wird, der den Eid zugeschoben hat.

Es erhellet daraus, wie das pactum de jurejurando nicht bloß in dem Streit, worin es geleistet ist, von Nutzen sey, sondern daß der dadurch beschworne Satz auch bei Begründung anderer Klagen gegen die Partei, die den Eid zugeschoben hat, benutzt werden könne.

Mit der actio de jurejurando bezieht es sich übrigens nur auf den Fall, wenn der Eid ausser Gericht zugeschoben

---

45) L. 11. §. 1. D. h. t.

und geschworen ist. Dieß beweist zwar nicht die Pandectenstelle, die dafür angeführt zu werden pflegt; — diese könnte wegen des darin vorkommenden Wörtchens *forte* fast für das Gegentheil zum Beweise benutzt werden. — An dieser Stelle sollte überhaupt nur gelehrt werden, daß, wenn Beide gegen einander geschworen haben, der letzte Eid den Vorzug hat [46]). Ein Fall dieser Art konnte nur ausser Gericht vorkommen; daher beweist sie nichts; wohl aber ist es schon aus der hierher gehörigen Stelle der Institutionen deutlich zu entnehmen [47]). Wird nach Ableistung des Eides mit der actio de jurejurando geklagt, so scheint selbst nach römischem Proceß eine Verurtheilung durch den Richter darauf zu folgen [48]), obgleich der Eid schon an sich richterlicher Verurtheilung gleich steht, er selbst dem Streit ein Ziel setzt; sogar, wenn bei Gericht der Eid zugeschoben oder erlassen wird, bleibt sie nicht aus [49]). In dieser Voraussetzung könnte vielleicht, nach der in Folge des Eides auf erhobene Klage geschehenen Verurtheilung, zum Behuf der Vollziehung, auch wohl die gewöhnliche actio judicati Statt gefunden haben, wiewohl ich es für diesen Fall bezweifeln möchte. Aber eine actio judicati *utilis*, deren Einige der Ausleger gedenken, gibt es nicht. Die Klage, deren in der Stelle des Codex, worin man sie hat finden wollen, gedacht wird, ist die gewöhnliche *actio de jurejurando*, von welcher nur bemerkt wird, daß sie *ad similitudinem* der actio judicati eingeführt sey [50]). — Dieser Umstand ist sehr merk-

---

[46]) L. 28. §. 10. D. h. t.

[47]) §. 11. J. de act. S. auch §. 4. J. de except.

[48]) L. 9. §. 2. D. h. t.

[49]) L. 34. §. 9. D. h. t.

[50]) *L. 8. C. de rebus creditis et jurejur.* Actori delato vel relato jurejurando, si juraverit, vel

würdig; er erklärt alles und bestätigt alles. — In der That sind beide Klagen einander sehr ähnlich. Denn bei jener ist bloß die Frage, ob geschworen, bei dieser, ob geurtheilt sey. Dem Schwur steht das Urtheil, das rechtskräftige, gleich, ja höher. In jenem Fall ist, wie in diesem, der Streit, wenn nicht auf dieselbe Art, doch mit derselben oder noch grösserer Kraft, schon durch den Eid beendigt, völlig beendigt.

---

ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem judicati in factum actio competit.

2) Vom Erfüllungseide.

Ein streitender Theil, dem es nicht gelungen ist, seinen Beweis vollständig zu führen, wird in unseren Gerichten, wie die tägliche Erfahrung lehrt, nach Umständen zum Eide zugelassen. Er beschwört die Wahrheit des zu beweisenden, nicht vollständig bewiesenen Satzes und, nachdem dieß geschehen, wird der Satz für vollständig bewiesen angenommen. Ein solcher s. g. **Erfüllungseid** hat einen ganz entschiedenen Gerichtsgebrauch für sich, wie selbst diejenigen einräumen, die ihn in der Theorie verwerfen. Es ist aber nicht einmal nöthig, daß man sich auf den Gerichtsgebrauch beruft; denn er wird schon durch das canonische Recht gerechtfertigt [1]). Desto zweifelhafter ist, ob er **im römischen Recht gegründet sey** oder **seinen Ursprung nicht vielmehr bloß einer irrthümlichen Auslegung desselben verdanke.** Darüber herrschte einst unter den Rechts-

[1]) *Cap.* 36. *X. de jurejur.* Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil praestiterit, obtinere. Praesumtione vero faciente pro illo, reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam juramentum, nisi judex inspectis personarum et causae circumstantiis illud actori videat deferendum.

gelehrten ein lebhaft geführter Streit, der zwar längst abgethan ist, den ich aber wieder aufnehmen muß, da das Urtheil darin, wie ich glaube, nicht richtig ausgefallen ist.

Die Glossographen fanden den Eid im römischen Recht und besonders in einem Antwortschreiben der Kaiser Diocletian und Maximian [2]). Der Kläger, sagten sie, trägt den Sieg davon, wenn er seinen Beweis vollständig führt; wenn er gar nichts beweist, wird der Beklagte frei gesprochen; hat er den zu beweisenden Satz zur Hälfte erwiesen durch Urkunden, Vergleichung der Handschriften oder auf welche andere Art es seyn mag, dann gelangt er vermöge jener Stelle des römischen Rechts zum Eide, falls nicht etwa nach Verschiedenheit der Umstände der Richter es mehr angemessen findet, daß der Beklagte schwört.

Die Lehre der Glossographen ist die gemeine der Rechtsgelehrten geworden und hat sich bis in die neuesten Zeiten erhalten; vergebens haben die bedeutendsten Rechtsgelehrten sie als unhaltbar angefochten. Duaren war es, der zuerst gegen sie auftrat [3]); ihm sind viele andere gefolgt, namentlich Donellus [4]), Anton Faber [5]), Matthäus [6]), Wissenbach [7]) und Gerhard Noodt [8]). Besonders hat Heineccius sich bemüht, die Falschheit der gewöhnlichen Lehre darzulegen [9]).

---

[2]) L. 3. C. de rebus cred.

[3]) *Duaren.* lib. 2. annivers. disput. cap. 33. Idem ad tit. de jurejur. cap. 7.

[4]) Com. jur. civ. lib. 24. cap. 11.

[5]) Conject. lib. 19. cap. 1.

[6]) De judiciis disp. 10. thes. 21. seq.

[7]) Ad tit. de jurejur. nr. 21.

[8]) Com. ad Pand. lib. 12. tit. 2.

[9]) *Heineccius* de lubricitate jurisjur. suppletorii §. 8. sq. (in ejus opuscul. ex. 16). Die gewöhnliche Lehre nahmen in Schutz u. a. Vinnius (selectae quaest. lib. 1. cap. 44), Gonzalez Tel-

Das römische Recht, lehrten jene, kennt kein juramentum suppletorium, was bei unvollstandig geführtem Beweise zur Ergänzung desselben Statt fände. Wenn das römische Recht verordnet, daß der Richter in zweifelhaften Fällen dem Einen oder Anderen den Eid zuzuerkennen habe, so gehört dieß nicht hierher; es bezieht sich damit auf den Fall, da beide streitende Theile Beweis zu führen versucht haben, da nämlich der Eine einen gewissen Satz und der Andere das gerade Gegentheil zu zeigen unternahm, kurz, da sich eine Collision des Beweises und Gegenbeweises ergibt. Wenn dann Beide ihren Beweis vollständig geführt haben und die beiderseitigen Beweise einander die Wage halten, so daß der Richter ungewiß ist, wer von Beiden in Ansehung des streitigen Facti die Wahrheit auf seiner Seite hat, dann bleibt ihm nichts anders übrig, als daß er dem Einen oder Anderen den Eid abfordert.

Die Gründe, mit welchen diese Rechtsgelehrten die gemeine Lehre angriffen, waren etwa folgende:

Es gibt keine einzige Stelle des römischen Rechts, worin von einem juramento suppletorio die Rede wäre. Nach der gewöhnlichen Lehre gelangt derjenige zu diesem Eide, der seinen Beweis zur Hälfte geführt hat. Das römische Recht kennt keinen balben Beweis; einen solchen gibt es gar nicht; es findet sich keine Spur davon im römischen Recht. Den besten Beweis dagegen gibt schon der Umstand an die Hand, daß das Zeugniß eines Zeugen nichts beweist. Man könnte freilich einwenden, daß es nur nicht vollständig be-

lez (ad cap. 2. X. de probat.) Perez (ad C. tit. de rebus cred. nr. 23.) J. H. Böhmer (Jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 24. §. 69. 70), Malblank (doctrina de jurejurando §. 70. sq.)

weise, und wirklich hat man es eingewandt [10]); allein es heißt ausdrücklich: Sancimus, *ut unius omnino testis responsio non audiatur* [11]). Wenn also auf das Zeugniß eines Zeugen gar nicht gehört werden soll, mit welchem Recht will man ihm die Wirkung beilegen, daß, wenn nun ein ergänzender Eid hinzukömmt, der Beweis vollständig geführt ist? Das Zeugniß eines Zeugen beweist nichts und das Zeugniß in eigener Sache beweist gleichfalls nichts; wie kann durch die Verbindung beider ein vollständiger Beweis hervorgebracht werden? Schwört Jemand in eigener Sache, so wird er ja zum Zeugen in eigener Sache bestellt, und verstößt dieß nicht gegen den Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand in eigener Sache Zeuge seyn könne [12])? Kann der eigene Eid den Mangel des fehlenden zweiten Zeugen ersetzen? Die ganze Lehre der Rechtsgelehrten, daß der Beweisführer beim Mangel eines vollständigen Beweises in supplementum schwören dürfe, stimmt mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts nicht überein. Ausser dem Grundsatz, daß Niemand in eigener Sache Zeuge seyn kann, wird noch ein anderer dadurch verletzt, der im römischen Recht und im canonischen nicht minder fest gegründet ist, nämlich: actore non probante, reus absolvitur [13]). Der Beklagte muß also freigesprochen werden, wenn der Kläger seinen Beweis nicht geführt hat. Nun hat aber ein Kläger seinen Beweis nicht geführt, wenn er ihn nicht vollständig

---

[10]) *Vinn.* sel. quaest. c. l. *Malblanc* doctrina de jurejur. ed. sec. §. 71.

[11]) L. 9. §. 1. C. de testibus.

[12]) L. 10. D. de testibus. L. 10. C. eod.

[13]) L. 4. C. de edendo. L. ult. C. de rei vind. L. 9 C. de obl. et act. cap. fin. §. fin. X. de jurejur.

geführt hat. Zum Beweise dessen dient wiederum der Umstand, daß probationem *implere* und intentionem *implere* oder schlechtweg *implere* mit probare gleichbedeutend gebraucht wird [14]. Folglich muß der Beklagte auch bei unvollständig geführtem Beweise frei gesprochen werden [15].

Gegen manche dieser Gründe liesse sich wohl Einiges einwenden. Die Gründe, die aus dem Zeugenbeweise entlehnt sind, beweisen nicht genug. Es würde daraus nur folgen, daß beim Beweise durch Zeugen kein juramentum suppletorium oder vielmehr, daß es bloß dann nicht Statt finde, wenn der Beweisführer nur einen Zeugen für sich aufstellen könnte, nicht aber, daß es nicht Statt finden sollte, wenn zwei Zeugen für ihn aussagten, die jedoch nicht über allen Einwand erhaben waren, so daß der Beweis zu seiner Vollständigkeit noch eines Zuwachses bedürfte. Der eigene Eid kann freilich dem fehlenden Zeugniß eines zweiten Zeugen nicht gleichgelten, aber aus diesem an sich sehr erheblichen Einwand folgt ebenfalls keine völlige Verwerflichkeit des Erfüllungseides, sondern nur, daß mehr dazu erforderlich sey oder doch seyn müßte, als das Zeugniß eines Zeugen und ein halber Beweis, und daß die durch die Glossographen aufgestellte Theorie in diesem Punkt mangelhaft sey. Ueberhaupt folgt aus der Verwerflichkeit des Zeugnisses in eigener Sache nicht mit Sicherheit, daß nicht ein durch andere Mittel geführter Beweis, der noch nicht vollständig ist, durch die Be-

---

[14]) L. 19. pr. et §. ult. D. de probat. L. 23. D. eod. L. 1. C. de cond. ob turpem causam. L. 3. C. de non num. pec.

[15]) Sehr sorgfältig und ausführlich hat Heineccius (a. a. O. §. 8. bis §. 20.) die Gründe gegen die gemeine Lehre vorgetragen.

stätigung mit dem eigenen Eide sollte vollständig gemacht oder wenigstens vom Gesetz für genügend angenommen werden können. Aber wahr ist und bleibt es, daß sich das juramentum suppletorium aus keiner einzigen Stelle des römischen Rechts mit Sicherheit herleiten läßt und daß der vom römischen Recht ohne Einschränkung aufgestellte Grundsatz: actore non probante, reus absolvitur die Zulässigkeit eines juramenti suppletorii wenigstens sehr verdächtig macht. Die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ruht auf sehr schwachen Stützen. Und darin besteht das eigentliche Verdienst der Andersdenkenden, daß sie auf die Schwäche derselben aufmerksam gemacht haben; denn die Theorie, die sie an deren Stelle gesetzt haben, ist nicht viel besser und ihre eigene Erklärung der hierher gehörigen Stelle des römischen Rechts sehr gezwungen.

Um die wahre Meinung des römischen Rechts über diesen Punkt kennen zu lernen, möchte ich ein Mittel empfehlen, was auch in anderen Fällen mit Nutzen angewandt werden könnte, nämlich alles, was vom juramento suppletorio gelehrt wird, für einen Augenblick bis auf den Namen, der dem römischen Recht ebenfalls fremd ist, zu vergessen. Wir bringen bei der Untersuchung der Frage eine Idee mit, die uns unfähig macht, die Wahrheit zu erkennen und von der wir uns erst losmachen müssen.

Wir sehen den Eid für ein Beweismittel an, und bei uns, nach dem Gerichtsgebrauch und nach Grundsätzen des canonischen Rechts, muß er allerdings dafür gehalten werden, denn er ergänzt ja den mangelhaften Beweis, und wie könnte er das, ohne selbst ein Beweismittel zu seyn? Aber haben schon die Römer den Eid von dieser Seite angesehen? Daran zweifle ich sehr. Vom zugeschobenen Eide habe ich

schon früher gezeigt, daß er kein Beweismittel sey, sondern nur in seinen Folgen die Stelle des gelungenen oder mißlungenen Beweises vertritt, je nachdem er angenommen oder verweigert, geschworen oder nicht geschworen wird u. s. w. Was nun von dem Eide gilt, den der eine streitende Theil dem anderen zuschiebt, dasselbe gilt auch von dem Eide, den der Richter dem Einen von beiden auflegt. Ohne daß zwischen beiden unterschieden würde, ist der Eid im römischen Recht, was er in der Bibel ist, ein Mittel, dem Streit ein Ende zu machen, ein remedium expediendarum litium, wie Cajus sagt, aber kein Beweismittel [16]). Bei der Anwendung dieses Mittels wird nicht gefragt, ob der Eine oder Andere wirklich etwas zu fordern hatte, sondern, ob er geschworen hat [17]) und der den Eid leisten soll, wird nicht zum Zeugen, sondern zum Richter in eigener Sache bestellt [18]). Der Eid beruht nach Cajus [19]) ursprünglich auf Gewohnheit; wäre er ein wirkliches Beweismittel, wie dürfte er erst durch Gewohnheit gerechtfertigt werden?

---

[16]) *L. 1. D. de jurejur.* Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.

[17]) *L. 5. §. 2. D. de jurejur.* Dato jurejurando, non aliud quaeritur, quam an juratum sit: remissa quaestione, an debeatur: quasi satis probatum sit jurejurando.

[18]) *L. 1. pr. D. Quarum rerum actio non datur.* Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet; non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum.

[19]) L. 1. D. de jurejur.

Betrachten wir jetzt mit unbefangenem Blick die beiden Stellen des römischen Rechts, die hier nur allein in Betrachtung kommen können:

1) *L.* 31. *D. de jurejur.*

— Solent saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit.

Diese Stelle, wiewohl sie der Theorie der Andersdenkenden so wenig günstig ist, wie der gemeinen Lehre, ist doch eher geschickt, jene zu bestätigen, als diese. Unter der *causa dubia* soll nach dem, was die Anhänger der gemeinen Lehre annehmen, *causa non satis probata* zu verstehen seyn[20]. Allein, um diesen Sinn in der Stelle zu finden, muß man die Idee, daß der Eid ein Beweismittel sey, tauglich, den unvollkommenen Beweis vollkommen zu machen, schon mitbringen und das als bewiesen annehmen, was eben erst bewiesen werden soll. Weit natürlicher und der eigentlichen Bedeutung des Wortes angemessener ist es, wenn man unter der *causa dubia* diejenige versteht, bei deren Entscheidung der Richter, weil Gründe gegen Gründe streiten, ungewiß ist, nach welcher Seite er sich wenden soll. Dann kann er nach Verschiedenheit der Fälle dem Einen oder dem Anderen den Eid abfordern; es ist nicht gerade gesagt, daß dieß der Beweisführer sey; es kann auch sein Gegner seyn. Der Beweisführer kömmt hier gar nicht in Betrachung, sondern nur der streitende Theil. Es soll hier kein unvollständiger Beweis ergänzt, sondern der Verlegenheit des Richters, welcher nicht zur Entscheidung kommen kann, abgeholfen werden.

---

[20]) *Malblanc* c. l. §. 71.

2) *L. 3. C. de rebus creditis.*

In bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

Es kömmt hier zuvörderst auf die Bedeutung von *inopia probationum* an. Bedeutet dieß gänzlichen Mangel des Beweises oder Mangel eines zulänglichen, also bloße Schwäche, Dürftigkeit des Beweises? Die Anhänger der gemeinen Lehre glauben das Letztere und finden in dem Ausdruck *inopia probationum* die beste Bestätigung ihrer Lehre. Wenn der Beweis nicht hinlänglich ist, dann soll, ihnen zufolge, der Richter auf den Eid erkennen; folglich soll der unvollständige Beweis durch den Eid ergänzt werden und mithin — ein *juramentum suppletorium* Statt finden.

Der Ausdruck *inopia probationum* könnte freilich wohl Schwäche, Dürftigkeit des Beweises, er kann aber auch gänzlichen Mangel des Beweises bedeuten [21]), und schon deshalb würde es, anderer Gründe zu geschweigen, immer darauf zurückkommen, daß sich das Daseyn des suppletorii aus dem römischen Recht nicht beweisen lasse. Wie war es möglich, mit solcher Sicherheit zu behaupten, daß die Römer das suppletorium gekannt haben, wenn sich keine andere Gründe dafür beibringen lassen, als diese Stelle, deren Inhalt wenigstens zweifelhaft ist. Ueberhaupt muß man sich billig wundern, wie die Glossographen nicht Bedenken trugen, auf einem so unsicheren und schwachen Grund ein so wichtiges Gebäude aufzuführen. Was hat man nicht alles in diesen wenigen

21) *Brisson* de verb. sign. s. h. v.

Worten gefunden, woran ihre Urheber wahrscheinlich gar nicht gedacht haben.

Nach meinem Ermessen enthält sie nichts weiter, als daß der Richter beim Mangel des Beweises dem einen oder anderen der streitenden Theile den Eid abfordern könne.

Ja, *inopia* ist hier nicht blosse Unzulänglichkeit des Beweises, sondern Mangel desselben. Dieß scheint der eigentlichen Bedeutung des Wortes gemäß zu seyn. So sieht man namentlich aus einer Stelle des Sueton, daß es mehr ist, als *paupertas;* es heißt daselbst: vixit in summa paupertate *ac paene inopia* [22]). So giebt es eine andere Stelle des Codex — L. 1. C. de quaest. — worin *inopia*, wieder mit *probationum* gepaart, nach dem Zusammenhange schlechterdings nichts anders bedeuten kann, als gänzlichen Mangel des Beweises. Daß der Ausdruck namentlich auch in unserer Stelle in dieser Bedeutung gebraucht wird, das würden die Ausleger vielleicht selbst bemerkt haben, wenn sie die Stelle mit unbefangenem Blick und etwas sorgfältiger betrachtet hätten. Sie haben aber, wie es scheint, den Ausdruck *causa cognita* gänzlich übersehen. Es war hier gar nicht die Rede davon, daß Beweise geführt und diese nicht zulänglich wären und daß dann der Richter, zur Ergänzung des Beweises, dem Beweisführer den Eid abfordern solle; alles dieß hat man hineingelegt, denn es liegt nicht darin, sondern von dem Fall war die Rede, wo Beweise fehlen; in Fällen dieser Art soll der Richter von jenem Mittel Gebrauch machen, wodurch die Partei zum Richter in eigener Sache bestellt wird, indem ihr die Sache in's Gewissen geschoben

---

[22]) *Sueton.* Gram. II.

wird, und zwar soll er dieß thun, nachdem die Sache zuvor gehörig untersucht ist, woraus deutlich erhellet, daß hier von Fällen die Rede, wo noch keine Beweise beigebracht und keine zu haben sind.

Uns muß es freilich auffallend seyn, daß der Richter berechtigt seyn soll, der Partei ohne Beweisführung einen Eid aufzulegen. Nach den bei uns geltenden Regeln des Processes erkennt der Richter auf Beweis, und wenn, nachdem das Beweisinterlocut rechtskräftig geworden, die Partei den aufgelegten Beweis nicht führt, so verliert sie den Proceß und es wird nicht weiter gefragt und es kann nicht weiter gefragt werden, ob Beweismittel zu haben waren oder nicht. Aber selbst, wenn schon im ersten Verfahren die Partei ihre Schwäche verrathen, wenn sie erklärt hätte, an Beweismitteln fehle es ihr, würde der Richter schwerlich auf den Eid erkennen. Wir sind nun einmal zu sehr an die Idee gewöhnt, daß der Eid ein Beweismittel sey und der Richter nur auf den Eid erkennen könne, entweder, um den unvollständigen Beweis vollständig zu machen, oder, ihn gänzlich zu entkräften, als daß es bei uns nicht ganz unerhört und ein Zeichen der größten Unwissenheit seyn würde, wenn der Richter ohne alle Beweisführung, ja ohne alle Gründe, als weil es an Beweisen fehlt, dem Einen oder Anderen einen Eid zuerkennen wollte. Allein, dieß alles kann mich nicht abhalten, die Pflicht eines Auslegers treu zu erfüllen und, unbekümmert um die Folgen, zu sagen, dieß steht im römischen Recht. Vielleicht haben die Römer die Sache von der Seite angesehen, daß der Richter, indem er der Partei den Eid auflegt, im Grunde auch nichts thut, als was der anderen Partei freigestanden hätte, wie denn auch das *deferre* von beiden, von der Partei, die den Eid

dem Gegner zuschiebt, und von dem Richter, der ihn, nach unserer Sprache, auflegt, gebraucht wird. Kann die Partei den Eid zuschieben, die nichts bewiesen hat, warum sollte der Richter es nicht können?

Die Römer konnten gar nicht auf die Idee eines suppletorii verfallen; denn, wie gesagt, ihnen war der Eid kein Beweismittel, sondern ein Entscheidungsmittel, und wäre ja unter dem Ausdruck *inopia probationum* Mangelhaftigkeit oder Dürftigkeit des Beweises zu verstehen, so würde ich dennoch sagen, daß hier von keinem juramento *suppletorio* die Rede sey.

Der Eid, wovon hier die Rede ist, ist der Eid ohne weiteren Beisatz, wie das römische Recht ihn nur kennt. Ein solcher Eid ersetzt den gänzlich fehlenden Beweis, er macht den unvollständigen Beweis nicht vollständig, — wie könnte er das, wenn er im römischen Recht einmal kein Beweismittel ist? — er könnte ihn höchstens entbehrlich machen; er würde ihn daher nicht sowohl ergänzen, als ihn vielmehr — bei Seite schieben. Der Eid würde auch in diesem Fall keinen Theil des Beweises ausmachen, sondern den vollen Beweis ersetzen, und der geführte unvollständige Beweis wäre nur eine nothwendige Vorbereitung dazu, die Bedingung, ohne welche der Richter nicht darauf erkennen könnte.

Eine von Malblank[23]) angeführte Stelle, welche den Satz, daß die Römer das suppletorium gekannt haben, bestätigen soll, dient eher dazu, das Gegentheil und besonders auch die eben gegebene Erklärung der Hauptstelle des römischen Rechts zu bestätigen, beweist wenigstens nichts für die

---

[23]) de jurejur. §. 71.

gemeine Meinung. Quinctilian [24]) mißbilligt die Leichtigkeit derjenigen, welche zur Bestätigung ihrer Behauptungen bei Gericht sogleich mit dem Eide bei der Hand sind. Nach seinem Rath soll sich zum Eide Niemand erbieten, nisi aut vita se tuebitur, ut eum non credibile sit pejeraturum: aut ipsa vi religionis, in qua plus fidei consequetur, si id egerit, ut non cupide ad hoc descendere, sed ne hoc quidem recusare videatur: aut si causa modo patietur litis, propter quam devoraturus se ipse non fuerit: aut si praeter alia causae instrumenta adjicit ex abundanti hanc quoque conscientiae suae fiduciam. Diese Stelle erweckt die Vermuthung, daß man sich in den römischen Gerichten statt des Beweises auch wohl mit dem Eide begnügte; sind aber Beweise beigebracht, für diesen Fall erlaubt Quinctilian, daß man sich zur eidlichen Bestätigung dessen erbiete, was man bereits bewiesen hat und zwar wohl gemerkt, nicht *in supplementum*, sondern *ex abundanti*. Von Ergänzung eines mangelhaften Beweises durch den Eid ist hier durchaus nicht die Rede, und die Anhänger der Lehre finden an dieser Stelle auch nicht eine schwache Stütze.

Die Ausleger, wie verschieden sie auch über die Frage denken, ob die Römer das suppletorium gekannt haben, stimmen doch alle in dem Punkt überein, daß jene beiden Stellen, worauf es hier hauptsächlich ankömmt, zu einander gehören und einander ergänzen. Sie erklären die Pandectenstelle aus der Stelle des Codex und sehen die letztere als eine nähere Bestimmung der ersten an. Der Richter soll in causis dubiis auf den Eid erkennen, und causa ist dubia, wenn

---

[24]) instit. orat. L. V. cap. 6. nr. 2. et 3.

sich eine inopia probationum ergibt, worunter die Anhänger der gemeinen Lehre einen unvollkommenen Beweis, die Andersdenkenden aber den Fall verstehen, da beide streitende Theile ihren Beweis vollständig geführt haben und die beiderseitigen Beweise einander aufwiegen. Nach meinem Ermessen haben beide Unrecht.

Es sind hier zwei verschiedene Rechtsgrundsätze aufgestellt:

1) der Richter soll auf den Eid erkennen, wenn Beweise fehlen;

2) er soll in zweifelhaften Fällen auf den Eid erkennen.

Der erstere Satz mag wohl nur bei den actionibus bonae fidei gegolten haben; die Worte *nec non et in caeteris causis* sehen sehr darnach aus, als ob sie eingeschoben wären. Der letztere scheint sich aus dem Alterthum erhalten zu haben, wie aus einer Stelle des Dionysius von Harlicarnaß zu ersehen [25]).

Mit der Collision vollkommener Beweise haben diese

---

[25]) Lib. II. Antiquitatum Rom. p. 134. der Sylburgschen Ausgabe. Primus omnium (Numa) Fidei publicae templum sacravit, assignatis ex aerario sacrificiis, quemadmodum diis caeteris. Publicus enim civitatis mos in fide hominibus constanter servanda, privatorum etiam hominum mores ad idem studium progressu temporis erat conformaturus. Adeo certe venerabilis et inviolabilis ea res est habita, ut sua cuique fides pro sanctissimo jurejurando et longe firmissimo testimonio fuerit: et quoties alter cum altero contractum fecisset, si qua exorta esset controversia, eam alterius litigitantium fides dirimebat, nec contentionis studium longius progredi sinebat, quin et magistratus et judices *in dubiis causis plerumque ex alterius partis fide et sacramento faciebant arbitrium.*

Sätze nichts zu schaffen und alle Regeln bleiben unangetastet.

Ergiebt sich eine Collision der Beweise, steht einem vollkommenen Hauptbeweise ein gleichfalls vollkommener Gegenbeweis gegenüber, dann siegt bekanntlich derjenige, nach dessen Seite der Beweis das Uebergewicht hat [26]). Sind aber beide einander völlig gleich, so hebt der Gegenbeweis den Hauptbeweis auf, mithin ist der Hauptbeweis nicht geführt und derjenige, dem die Last des Beweises oblag, muß unterliegen, nach der Regel: actore non probante, reus absolvitur. Daß in diesem Fall der Richter auf Eidesleistung erkennen könnte, läßt sich schon selbst nach römischem Recht nicht behaupten, viel weniger nach canonischem [27]), am wenigsten nach den Regeln unseres Processes, nach welchen der Richter auf Beweis erkennt und in dem Beweisinterlocut die Verurtheilung des Einen oder die Abweisung des Anderen, je nachdem der Beweis geführt oder mißlungen ist, schon implicite enthalten ist. Causa ist nicht dubia, wenn der Hauptbeweis durch einen Gegenbeweis aufgewogen wird. Causa ist dubia, wenn der Richter ungewiß ist, wie er die Sache entscheiden soll. Wann dieser Fall eintritt, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. In jener Stelle des Cajus ist nicht einmal angedeutet, daß die Zweifelhaftigkeit der Entscheidung von den Thatsachen herrühren müsse, und zu den Zeiten des Numa mögen auch wohl Zweifel anderer Art den Richter veranlaßt haben, sich durch Eideszuschiebung

---

[26]) L. 13. D. de prob. L. 3. §. 2. D. de testibus. L. 21. §. 3. D. eod. cap. 32. X. de testibus. cap. 3. et 9. X. de prob. S. übrigens den 4ten Theil dieses Werks, 2te Abtheilung, S. 136. folg.

[27]) cap. 36. X. de jurejur.

das Geschäft zu erleichtern. Das glaube ich übrigens auch nicht, daß nach reinem römischen Recht ein unvollkommener Beweis, und namentlich das Zeugniß eines Zeugen, den Richter sollte haben berechtigen können, auf den Eid zu erkennen. Auch hier würde die Regel Anwendung finden: actore non probante, reus absolvitur. Zweifelhaft hingegen würde die Sache seyn, wenn der Richter ungewiß ist, ob die Gründe stärker sind oder die Gegengründe, oder wenn er darüber nicht mit sich einig werden kann, ob der Beweis vollständig geführt sey. Hingegen ist Sache nicht zweifelhaft, wenn die Gründe entschieden das Uebergewicht haben über die Gegengründe oder der Beweis entschieden mißlungen ist. Auf allen Fall ist es unrecht, wenn die Andersdenkenden die Zweifelhaftigkeit der Sache auf den Fall beschränken, da beide streitende Theile Beweise beigebracht haben, jeder vollständig bewiesen hat und die beiderseitigen Beweise einander die Wage halten.

Die Stelle des Codex läßt endlich die Frage unbeantwortet, wem der Eid aufzulegen sey. Es kann dieß der Beklagte seyn, — überhaupt derjenige, dem die Beweislast nicht oblag — und so scheint auch das canonische Recht die Sache aufgefaßt zu haben, indem es wenigstens als Regel aufstellt, daß der Beklagte ad ostendendam suam innocentiam schwören müsse [28]). Da indessen die Stelle allgemein spricht, sollte man wohl glauben, daß es ganz allein vom arbitrio judicis abhänge, wen er schwören lassen wolle. In Fällen, wo causa dubia ist, liesse sich dieß rechtfertigen. Aber beim blossen Mangel des Beweises würde derjenige, welcher vom Beweise frei ist, eher zum Eide zuzulassen seyn, als sein

[28]) cap. fin. §. 1. X. de jurejur.

Gegner. Diesem lag die Beweislast ob, und da er sich ihrer nicht entledigt hat und nicht entledigen kann, so bleibt nichts übrig, als daß der Richter statt seiner demjenigen den Eid zuschiebt, gegen den der Beweis zu führen ist. Daß dieß nicht ausdrücklich gesagt ist, rührt daher, daß es als etwas sich von selbst Verstehendes angenommen worden.

3) Kannten die Römer die probatio pro exoneranda conscientia?

Gegen die gewöhnliche Lehre, bemüht sich Malblank zu zeigen, die probatio pro exoneranda conscientia sey den Römern bekannt und im römischen Proceß üblich gewesen. Er sucht dieß aus Quinctilian zu beweisen und glaubt, an der hierher gehörigen Stelle desselben [1]), wie es scheint, einen Fund gethan zu haben. Nur in die Pandecten sey nichts davon übergegegangen und die Zulässigkeit der probatio pro exoneranda conscientia könne freilich bei uns aus dem römischen Recht nicht hergeleitet werden [2]). Aber wie auffallend würde es nicht seyn, wenn eine Einrichtung, von der Malblank rühmt, daß sie so vernünftig sey, ausser Gebrauch gekommen und, wenn sie sich erhielte, wie viel auffallender noch, wenn in den Sammlungen des römisch-Justinianeischen Rechts keine Spur davon angetroffen würde!

Mir scheint es, in gewissem Sinn kannten die Römer die Sache; soweit sie im alten römischen

[1]) Instit. orat. lib 5. cap. 6.

[2]) *Malblanc* doctr. de jurejur. §. 59.

Proceß üblich war, ist sie es auch noch im neuen, und soweit — kömmt sie auch in den Pandecten vor.

Im römischen Proceß konnte allerdings der Fall vorkommen, daß derjenige, dem der Gegner den Eid zuschob, erklärte, er wolle nicht schwören, sondern die Wahrheit seiner Behauptung beweisen. Aber nicht jedem stand das Recht zu, so zu wählen, sondern nur demjenigen, dem die Last oblag, zu beweisen.

Ich habe schon gesagt, daß bei den Römern nicht bloß derjenige den Eid zuschob, dem die Last des Beweises oblag, sondern daß überhaupt ein streitender Theil von dem anderen verlangen konnte, er solle die Wahrheit seiner Behauptung beschwören. Schob nun nicht der Beweisführer den Eid zu, sondern ward er ihm zugeschoben, so war es natürlich, daß er nicht genöthigt werden konnte, sich auf den Eidesantrag einzulassen, daß er vielmehr das Recht behielte, den Beweis zu führen, der ihm oblag. Die Eidesleistung war eine Wohlthat für ihn, weil er dadurch von der Beweislast befreit war, und diese Wohlthat konnte ihm nicht wider seinen Willen aufgedrungen werden.

L. 30. pr. D. de jurejurando.

Eum, qui juravit, ex ea actione, quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simplum, non dupli persecutionem sibi acquirere Pedius ait: abunde enim sufficere, exonerare *petitorem* probandi necessitate: *cum omissa hac parte Edicti dupli actio integra maneat*: et potest dici, hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari [3]).

---

[3]) Die Glosse macht zu den Worten: *cum omissa hac parte Edicti etc.* folgende Bemerkung: omissa i. omissa via probandi per

Diese Stelle beweist, daß derjenige, dem die Beweislast oblag, nicht nöthig hatte, den Eid zu schwören, der ihm zugeschoben ward; er konnte, wenn es ihm so gefiel, sich mit der alten Klage begnügen und den damit verknüpften Beweis übernehmen, und dieses, aber nicht mehr, bestätigt die Stelle des Quinctilian. Quo difficilior recusatio (jurisjurandi) est, nisi forte res est ea, quam credibile sit, notam ipsi non esse. Quae excusatio, si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, *se autem probare malle*, quae adfirmet, quam dubium cuique relinquere, an pejeravit etc.

Hingegen, daß auch der Gegner, welcher bloß leugnete, was der Kläger behauptet hatte, wenn dieser ihm, um ihn zum Geständniß zu bringen und sich der Beweislast zu überheben, den Eid zuschob — in welcher Gestalt die Eideszuschiebung bei uns nur vorkömmt, — das Recht gehabt haben sollte, zu sagen, was ich als wahr beschwören soll, will ich lieber beweisen, daran zweifle ich sehr. Der Kläger, indem er dem leugnenden Gegner den Eid zuschiebt, begibt sich ja nicht des Rechts zu beweisen, damit der Gegner beweise; er verlangt keinen Beweis oder Gegenbeweis, sondern will es gerade nur auf den Eid des Gegners ankommen lassen. Das Gesetz verpflichtet diesen, den verlangten Eid zu schwören, wenn er nicht zahlen oder den Eid

jusjurandum poterit ad duplum lege Aquilia agi: hoc si vellet omittere ante sacramentum praestitum; quod autem, si postea, quidam adhuc idem.

zurückschieben will. Wie kann er sich von dieser Pflicht nach Willkühr frei machen? Wie kann er an die Stelle des verlangten Eides eine nicht verlangte Beweisführung setzen? Wenigstens mit den Sanctionen des römischen Rechts ist eine solche Beweisführung gar nicht verträglich. Der Prätor verspricht den Beklagten, wohl gemerkt, den Beklagten, — von welchem im Edict überhaupt nur die Rede war [4]) — zu zwingen, daß er zahle oder schwöre, wenn er den Eid nicht etwa zurückschieben will [5]). Von diesen dreien Dingen muß er das Eine erwählen, ein Viertes gibt es nicht, mithin auch (für denjenigen, dem der Eid zugeschoben wird) keine Gewissensvertretung.

Wir sehen also, daß die Gewissensvertretung, wie sie bei uns vorkömmt, da nämlich derjenige, dem von Seiten des Beweisführers der Eid zugeschoben wird, statt ihn zu schwören oder zurückzuschieben, den Beweis übernimmt, wodurch die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens gestört wird und der Gegenbeweis die Stelle des Hauptbeweises übernimmt, — den Römern nicht bekannt war. Wäre eine so seltsame Idee, wie diese Gewissensvertretung, in dem Kopf eines römischen Rechtsgelehrten aufgestiegen, obgleich sie zu dem Vertrage, der bei zugeschobenen Eiden zum Grunde liegt, wie die Faust auf's Auge paßt, so würde sie schwerlich den Beifall anderer Rechtsgelehrten gefunden haben und schwerlich in den römischen Gerichtsgebrauch übergegangen seyn.

Aber in Deutschland — machen ungereimte Dinge gewöhnlich das meiste Glück.

---

[4]) L. 3. pr. D. de jurejur. | [5]) L. 34. §. 6. et 7. D. de jurejur.

4) Eideszuschiebung über den Dolus.

G. L. Böhmer behauptet, der Eid könne so wenig über dolus, wie über culpa im Allgemeinen zugeschoben werden; er könne nur über die einzelnen Thatsachen zugeschoben werden, aus denen auf Beides zu schliessen ist. Er lehrt nämlich: Factum, de quo defertur, speciale esse debet seu ratione circumstantiarum, ex quibus veritas facti pendet, omni modo determinatum. Judici circumspecto merito improbatur jusjurandum *in folle* delatum. Itaque etiamsi de dolo deferri possit, quoad ex eo jus privatorum pendet, de eo tamen perinde atque de metu vel culpa, non in genere deferendum est, sed expositis, quae eundem inferunt, facti circumstantiis, quae utrum ad inferendum dolum idoneae sunt, judici prius est aestimandum, quam de juramento decernat [1]).

Daß der Beklagte in culpa sey oder daß er Handlungen gegen den Kläger vorgenommen, welche eine gerechte Furcht erregt und die Freiheit desselben beeinträchtigt haben, so

[1]) G. L. Böhmer de auctoritate judicis circa jusjurandum delatum. §. 12. (Electa juris civilis Tom. 2. ex. 14. p. 668.)

so daß dessen Handlung als erzwungen zu betrachten, kurz culpa und metus können freilich, wenigstens nach den Regeln unseres Processes, den Inhalt des Eides nicht ausmachen. Es ist keine Thatsache, daß der Beklagte in culpa oder daß die Freiheit des Klägers beeinträchtigt gewesen, sondern ein vom Richter aus den Thatsachen zu fällendes Urtheil. Hier müssen also die einzelnen Umstände, aus denen der Richter jenen Schluß ableiten soll, bewiesen werden, und wenn der Kläger sich der Eideszuschiebung bedient, kann es nur über diese Umstände seyn. Aber ganz anders verhält es sich mit dem Dolus. Daß Jemand in dolo gewesen sey, daß er diese oder jene böse Absicht gehabt habe, läßt sich aus den Thatsachen nicht schliessen, sondern nur vermuthen. Es ist kein Urtheil aus Thatsachen, daß der Beklagte diese oder jene Absicht gehabt habe, sondern eine Thatsache wie jede andere, und wenn überhaupt über unerlaubte Handlungen Eideszuschiebung Statt findet [2]), wie sollte sie nicht auch über den Dolus Statt finden? Der Dolus kann auf keine andere Weise mit Sicherheit ausgemittelt werden, als durch das Geständniß, und zu diesem Geständniß soll der Beklagte durch Eideszuschiebung genöthigt werden. Leyser, auf den G. L. Böhmer sich beruft, hat kein Wort davon, daß über den Dolus in genere keine Eideszuschiebung Statt finden sollte; er lehrt bloß, daß die Klage gegen einen Erbschleicher nicht zu allgemein abgefaßt werden müsse; es sey nöthig, die einzelnen Thatsachen anzuführen, die jenen Vorwurf begründen. Von Dolus ist überall nicht die Rede [3]).

[2]) L. 5. §. 8. L. 11. §. 1. D. de injuriis. L. 28. §. 5. 6. 7. D. de jurejur. L. 34. pr. D. eod. L. 11. D. de act. rer. amot. L. 10. 11. 12. C. de rebus cred. *G. L. Boehmer* de auct. jud. circa jusjur. del. §. 11.

[3]) *Leyser* spec. 375. med. 35. 36.

5) Eideszuschiebung über ungewisse Thatsachen.

Daß der Kläger nicht im Stande ist, das mit Zeugen oder Urkunden zu beweisen, was er dem Beklagten vorwirft, und daß er daher genöthigt ist, zu der Eideszuschiebung seine Zuflucht zu nehmen, Fälle dieser Art ereignen sich alle Tage. Aber unter diesen Fällen kommen einzelne vor, in denen es selbst zweifelhaft ist, ob Eideszuschiebung überhaupt Statt finde und, wenn sie Statt findet, ob sie von Nutzen seyn könne. Ich meine hier alle diejenigen, in denen der Kläger selbst nicht mit völliger Gewißheit weiß und nicht einmal wissen kann, ob das, worüber er klagt, wirklich geschehen sey. In solchen Fällen entsteht die Frage, ob er überhaupt berechtigt seyn könne, dem Gegner den Eid zuzuschieben über etwas, worüber ein blosser Verdacht vorhanden ist, daß es geschehen ist, und was vielleicht bloß möglich ist. Die Sache scheint zweifelhaft zu seyn. Denn wie kann er den Gegner über Thatsachen bei Gericht belangen und Forderungen an ihn machen, wovon er nicht weiß, ob jene geschehen, diese gegründet sind? Und mit welchem Recht kann er von dem Gegner verlangen, daß dieser sich durch den Eid von dem

Verdacht reinige, den er auf ihn geworfen hat? Setzt er sich nicht der Gefahr aus, daß der Gegner den Eid zurückschiebt und dadurch den Erfolg der Klage vereitelt? Oder soll er sich bloß geben, die Annahme des zurückgeschobenen Eides verweigern und sagen, ich will nicht schwören, weil ich nicht weiß, ob das wahr ist, was ich behauptet habe? Folgt nicht eben aus dem Recht der Zurückschiebung, daß der Kläger, welcher vom Beklagten verlangt, er solle die Unwahrheit beschwören, bereit und folglich auch im Stande seyn müsse, die Wahrheit zu beschwören?

Bei allem dem glaube ich dennoch, daß dem Kläger an und für sich das Recht zustehe, dem Gegner auch über solche Thatsachen den Eid zuzuschieben. Der streitende Theil würde sonst in vielen Fällen des einzigen Mittels beraubt seyn, den Gegner zu überführen; er würde keinen Ersatz für das Unrecht erhalten, was dieser ihm zugefügt hat, weil ihm keine andere Mittel zu Gebote stehen, das zu beweisen, was im Verborgenen vorging und dem Gegner nur allein bekannt ist, während es diesem, wenn er unschuldig ist, nicht zum Nachtheil gereichen kann, wenn ihm Gelegenheit gegeben wird, seine Unschuld mit einem Eide zu betheuern und den Verdacht zu entkräftigen, den die Umstände rechtfertigen oder der Gegner auf ihn geworfen hat. Eine Zurückschiebung des Eides würde der Kläger nach dem, was die Rechtsgelehrten über Zurückschiebung angenommen haben, nicht fürchten dürfen.

Zwar, der Regel nach, steht demjenigen, dem ein Eid zugeschoben wird, das Recht zu, statt zu schwören, den Eid zurückzuschieben und wie z. B. der Beklagte den Proceß verliert, wenn er den ihm zugeschobenen und angenommenen Eid nicht schwört, also verliert der Kläger ihn, wenn er

den zurückgeschobenen nicht leistet [1]). Das Gesetz verpflichtet ihn nicht unbeding., zu schwören, sondern, indem es ihm die Verbindlichkeit auflegt, zu schwören, legt es ihm zugleich das Recht bei, durch Zurückschiebung des Eides sich von dieser Verbindlichkeit frei zu machen.

Aber es gibt Fälle, in welchen keine Zurückschiebung Statt findet. Sie findet nicht Statt, wenn der Kläger gegen seinen vormaligen Ehegatten mit der actio rerum amotarum geklagt und zur Begründung der Klage dem Gegner den Eid zugeschoben hat, oder, wie die Alten sagten: In actione rerum amotarum juramentum potest *deferri*, sed non *referri* [2]). Der Grund davon kann wohl kein anderer seyn, als daß ein Kläger, der dem Beklagten den Vorwurf macht, er habe ihm während der Ehe divortii consilio Sachen entwandt, das nicht beschwören kann, was er — mit oder ohne Grund — nur vermuthet. Denn das Entwenden pflegt nicht in Gegenwart Anderer und namentlich des Bestohlenen zu geschehen, und trüge auch der Ehegatte vor den Augen des Ehegatten dessen Sachen davon, so kömmt es doch beim Entwenden nicht auf das blosse Wegnehmen und besonders beim Diebstahl unter Ehegatten auf mehr, als eine Absicht an [3]). Wie soll nun der Kläger beschwören, was er mit Sicherheit selbst nicht weiß und nicht wissen kann, daß der Beklagte die Sachen in gewinnsüchtiger Absicht und daß er sie *divortii consilio* weggenommen

[1]) L. 34. §. 7. 8. 9. D. de jurejur. L. 25. §. 1. D. de const. pecunia. L. 25. §. 3. D. de probat. L. 8. 9. C. de rebus cred. L. 12. §. 1. C. eod.

[2]) L. 11. §. 1. D. de actione rerum amot. L. 11. §. 3. L. 12. L. 13. D. eod.

[3]) L. 25. D. eod.

habe. Die alten Rechtsgelehrten stellen daher, gestützt auf die Stellen des römischen Rechts, welche bei der actio rerum amotarum die Zurückschiebung des Eides für unzulässig erklären, ich glaube nicht mit Unrecht, die allgemeine Regel auf, daß eine Zurückschiebung des Eides sodann nicht Statt finde, wenn dem Beklagten der Eid über seine (des Beklagten) eigene Handlung zugeschoben wird [4]). Sie unterscheiden — und ich glaube abermals mit Recht — nicht zwischen eigenen erlaubten und unerlaubten Handlungen des Beklagten. Auf das Erlaubte oder Unerlaubte der Handlung kann es hier gar nicht ankommen, sondern auf die Kenntniß der Handlung oder den Mangel derselben. Sie setzen hinzu, daß, wenn der Kläger eine eben so vollkommene Kenntniß von der Handlung des Beklagten hat, wie dieser, daß dann die Zurückschiebung des Eides allerdings Statt finde [5]). Wenn nur die Regel richtig ist, diese Ein-

---

[4]) *A. Faber* Codex defin. forens. lib. 4. tit. 1. defin. 15. nr. 3. *Wernher* obs. P. 1. obs. 214. *Cocceji* jus civ. controv. h. t. qu. 39. *Mev.* Com. ad jus Lub. lib. 5. tit. 8. art. 2. nr. 16. sq. Judicialis juramenti, bemerkt Mevius, ea conditio est, ut, cui defertur, juret aut referat. Relatione ergo id declinatur, dum deferens, cui refertur, necessario tenetur (L. 3. §. 7. L. 38. D. de jurejur.), nisi factum proprium conscientiae rei commissum sit. Qui dum ejus scientiam solus optime habet, suam quoque conscientiam liberare debet, nec referre potest, ut adversarius super eo juret, cujus probabilis est ignorantia (L. 11. §. 1. sq. Rer. amotar.) Einige berufen sich hier auf L. 34. pr. et §. 8. D. de jurejur. So *Brunnemann* ad L. 35. D. de jurejur. nr. 6., *Schaumburg* Comp. jur. Dig. h. t. §. 19., *Ejusdem* princ. prax. jur. lib. 1. sect. 1. membr. 3. cap. 5. §. 9. not. °°°°; *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 68., *Hellfeld* jurispr. for. §. 802.

[5]) *Lauterbach* de relatione juram. §. 9. *Mev.* P. 1. dec. 161.

schränkung muß um so mehr für richtig angenommen werden, da das Recht, was dem Beklagten oder überhaupt demjenigen, dem ein Eid zugeschoben wird, durch das Gesetz beigelegt ist, den Eid zurückzuschieben, ihm ausserdem selten oder nie zu Gute kommen würde; denn eigene Handlungen sind es fast immer, über welche ihm der Eid zugeschoben wird; ja selbst wenn es fremde sind, läßt sich das, was den eigentlichen Inhalt des Eides ausmacht, auf eine eigene Handlung desselben zurückführen, nämlich auf die von seiner Seite geschehene Wahrnehmung oder die von ihm gemachte Erfahrung.

Wir sehen also, es findet eine Zurückschiebung des Eides über Thatsachen, von denen der Kläger keine Kenntniß hat, nicht Statt, und daraus geht deutlich hervor, daß über solche Thatsachen eine Eideszuschiebung möglich sey. Aber, fände auch in Fällen dieser Art wirklich eine Zurückschiebung des Eides Statt, so würde selbst daraus noch nicht folgen, daß Eideszuschiebung hier gar nicht Statt finden sollte, sondern nur, daß es nicht rathsam sey, hier von diesem Mittel Gebrauch zu machen. Der Kläger würde sich der Gefahr aussetzen, den Proceß zu verlieren, vielleicht auch, mit einer Injurienklage belangt zu werden. Will er es darauf wagen, habeat sibi.

Es heißt zwar namentlich in Beziehung auf den Erben:

G. L. Boehmer princ. jur. can. §. 814. *Ejusdem* Electa jur. civ. tom. 2. ex. 14. §. 17. So bemerkt auch Voet (ad tit. Dig. de jurejur. §. 14.): Relatio juramenti cessat, si is, cui id delatum, vel solus vel melius cognoverit negotium, de quo disceptatur. — Relatio cessat, bemerkt Malblank (de jurejur. §. 58.), si factum quaestionis illi, cui delatum est jusjurandum, solum innotescit, deferens illius notitia destituitur.

Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam heredes, justam ignorantiam possunt allegare. *Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur: non etiam si agat: nam plane qui agit, certus esse* debet: cum sit in potestate ejus, quando velit, experiri: et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere [6]). Also soll ein Kläger seiner Sache gewiß seyn und die Wahrheit sorgfältig zu erforschen suchen, ehe denn er Klage erhebt. Aber was helfen die sorgfältigsten Forschungen über etwas, was im Verborgenen vorgegangen ist? Und könnten sie auch helfen, soll der Kläger deshalb der Eideszuschiebung beraubt werden, die nicht bloß in subsidium Statt findet und der Sache schnell ein Ende macht? Ueberdieß folgt aus jenem Grundsatz nicht, daß ein Kläger, der seiner Sache nicht gewiß ist, nicht das Recht haben sollte, zu klagen; es ist nur die Rede davon, daß er unvorsichtig handelt und seine *culpa* ihm nachtheilig werden kann.

Es läßt sich indessen für das, was hier zu beweisen war, noch ein anderes Argument anführen, was ebenfalls aus dem Titel der Pandecten de actione rerum amotarum entlehnt ist. Nämlich Eideszuschiebung findet bei der actio rerum amotarum, wie es scheint, selbst in der Art Statt, daß der Kläger von dem Beklagten verlangt, daß er schwöre, nicht, daß er ihm diese oder jene Sachen nicht, sondern, daß er ihm überhaupt keine Sachen entwandt habe [7]). Er

---

[6]) L. 41. D. de reg. jur.

[7]) L. 11. §. 1. D. de act. rer. amot.

kann also verlangen, daß der Beklagte sich von einem Verdacht, den er auf ihn geworfen, reinige und überhaupt seine Unschuld eidlich betheure. Es läßt sich wohl nicht glauben, daß dieß ein Grundsatz sey, der bloß hier zur Anwendung kömmt.

6) Eideszuschiebung über Begebenheiten, deren sich derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, nicht mehr erinnern will.

Wenn Jemanden über seine eigene Handlung der Eid zugeschoben wird, muß er dann, wenn ihm die Begebenheit nicht mehr im Gedächtniß geblieben ist, den Eid zurückschieben, oder ist es genug, wenn er sein Nichtwissen eidlich betheuert? Ich glaube das Letztere. Die Sache ist indessen nicht so über allen Zweifel erhaben, daß sie nicht eine Erörterung verdienen sollte.

Das römische Recht stellt den Grundsatz auf: der Eid muß so geschworen werden, wie er angetragen ist. Uti delatum est jusjurandum, ita praestari debet [1]). Und die Alten leiten daraus die Regel ab, derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, dürfe nicht hinzufügen, so viel ich glaube [2]), folglich auch wohl nicht, so viel ich weiß, oder, so viel ich mich erinnere. Wenn Jemand den Eid nicht in derselben Art schwören will, wie es verlangt wird, so scheint

[1]) L. 3. §. 4. D. de jurejur. L. 4. et 5. D. eod.

[2]) *Zoesius* ad tit. D. de jurejur. *Brunnemann* ad L. 3. D. de jurejur.

darin eine Verweigerung des Eides zu liegen. Derjenige, welcher mit dem Inhalt des Eides Veränderungen vornimmt, will nicht den zugeschobenen Eid schwören, sondern einen anderen, der nicht von ihm verlangt wird. Es scheint also eben so gut zu seyn, als ob er gar nicht schwören wollte.

Wenn das römische Recht die Regel aufstellt, der Eid müsse so geschworen werden, wie er angetragen ist, so gilt diese Regel ohne Zweifel von dem aussergerichtlichen Eide, wobei alles ganz allein auf den Willen der streitenden Theile ankömmt; auf den aussergerichtlichen Eid pflegen ihn die Rechtsgelehrten zu beschränken; das römische Recht weiß nichts von einer solchen Einschränkung, aber wenigstens scheint es mir, als wäre mit jener Regel nach der Art, wie davon geredet wird, nicht sowohl der zu beschwörende Satz, als vielmehr die Eidesformel gemeint. Wird der Eid von demjenigen zugeschoben, dem die Last des Beweises obliegt, in der Erwartung, durch die Verweigerung des Eides den Beweis zu führen oder sich der Beweislast zu überheben, so kann es in Hinsicht auf das thema jurandum nicht sowohl auf die Art ankommen, wie derjenige sich ausgedrückt hat, der den Eid zuschiebt, als vielmehr auf den Satz, der dadurch bewiesen werden soll. Nicht alle Veränderungen sind zu verwerfen; sie müssen nur, wenn der Eid die Stelle des Beweises vertreten soll, den Satz nicht wesentlich verändern, worauf es ankömmt und der auf diesem Wege ausgemittelt werden soll. Schon selbst nach römischem Recht erfordert der zugeschobene Eid die Billigung des Richters [3]); namentlich beim zurückgeschobenen Eide, der doch auch ein zugeschobener ist, ist es die Sache des Richters, den zu be-

---

[3]) L. 12. §. 1. C. de rebus cred.

schwörenden Satz so zu verändern, wie es die Verschiedenheit der Personen oder Sachen nöthig macht [4]); und nach den Regeln unseres Processes leidet es keinen Zweifel, daß der Eid, wenn er bei Gericht von demjenigen gebraucht wird, dem die Last des Beweises obliegt, gleich dem Beweise überhaupt, unter der Leitung des Richters steht. Nicht nur prüft er das Recht zum Zuschieben oder Zurückschieben und untersucht, ob die Erfordernisse dazu vorhanden sind, sondern er zieht auch den Inhalt des Eides in Betrachtung, ob und wie weit er auf den Beweis von Einfluß oder müssig und unnöthig sey, und verbessert hiernach, soweit es erforderlich ist, den zu beschwörenden Satz. Er duldet auch nicht, daß der Eid gemißbraucht oder ein Eid geschworen wird, wovon er sieht, daß das Gewissen des Schwörenden dadurch verletzt würde. Wenn nun der streitende Theil selbst erklärt, daß er den Eid so, wie er angetragen ist, nicht schwören könne, daß er aber bereit sey, ihn mit dem Zusatz, so viel er sich erinnere, oder in der Art, daß er sich nicht erinnere, daß dieses oder jenes geschehen sey, abzulegen, wie sollte der Richter auf Begehren der Partei eine Veränderung nicht zulassen, die er nach jener Erklärung schon ex officio vornehmen müßte! Im Grunde leistet derjenige, welcher schwört, wie er sich nicht erinnere, daß dieses oder jenes geschehen sey, denselben Eid, den derjenige leistet, welcher simpliciter schwört, daß es nicht geschehen sey. Beide leugnen den Satz, der durch die Zuschiebung des Eides ausgemittelt werden soll, und bestärken ihr Leugnen durch den Eid — und daran ist es bei Gericht genug. Der ganze, hier nicht erhebliche, Unterschied besteht darin, daß

[4]) L. 34. §. 8. D. de jurejur.

jener, was er beschwört, nicht mit solcher Sicherheit zu wissen behauptet, wie dieser, daß er vielmehr in dem Eide selbst die Möglichkeit des Irrthums zugibt, die in historischen Dingen ohnehin immer und in dem Fall, wenn de veritate geschworen wird, nicht minder vorhanden ist, wie wenn de ignorantia. Kurz, der ganze Zusatz ist auf die Sache selbst ohne Einfluß und dient bloß zur Beruhigung des Gewissens des Schwörenden.

Wäre jener Grundsatz: prout delatum est jusjurandum, ita praestari debet, wirklich so allgemein und ohne alle Einschränkung gültig, wie die Worte lauten, so würde daraus folgen, nicht, daß der Eid so, wie er lautet, geschworen werden müsse, sondern, daß hier gar keine Eideszuschiebung Statt finde. Der Eid ist eine an das Gewissen gelegte Folter, eine tortura spiritualis, wodurch der Beklagte zum Geständniß gebracht werden, dessen Schuld oder Unschuld an den Tag kommen soll. So lange nun ein Beklagter nicht nöthig hat, auf das Ungewisse eine Schuld zu tilgen, wird er auch nicht nöthig haben, sich auf das Ungewisse für schuldig zu bekennen, er kann also auch nicht durch Eideszuschiebung gezwungen werden, ein solches Geständniß abzulegen.

Der Beklagte könnte zwar den Eid zurückschieben, aber darf er deshalb ohne zulänglichen Grund der freien Wahl zwischen dem Schwören und Zurückschieben beraubt werden? Das Zurückschieben des Eides ist ein Recht, wovon der Beklagte Gebrauch machen kann, es aber zu thun nicht nöthig hat. Er kann auch hier wählen zwischen dem Schwören des Eides (des juramenti ignorantiae) und dem Zurückschieben desselben. Beschränkt auf das Zurückschieben, würde es leicht geschehen, daß er Unrecht leiden müßte, er, der Ge-

wissenhafte, von dem minder Gewissenhaften. Denn das Zurückschieben ist mißlich und findet selbst nicht einmal in allen Fällen Statt.

Man könnte zwar einwenden, auf diese Art würde der Beklagte seine Vergeßlichkeit und Unachtsamkeit sich zu Nutze machen und Vortheile daraus ziehen, die er ausserdem nicht hätte erlangen können. Indessen etwas zu vergessen, was man nicht nöthig hat, im Gedächtniß zu behalten, kann schwerlich zur Schuld angerechnet werden. Und überdieß führt dieser Einwand eine petitio principii mit sich. Denn es soll ja erst bewiesen werden, daß das angeblich Geschehene geschehen sey. Und so lange dieß nicht bewiesen ist, kann man auch nicht sagen, daß der Beklagte es gewußt und vergessen habe.

IV.

Beiträge
zur Lehre von der Gewährsleistung.

(Im Mai 1836.)

1) Ueber Gewährsleistung überhaupt.

§. 1.

Wer einem Anderen ein gewisses Object, als stehe es ihm zu, überlassen hat, muß dafür aufkommen, daß er befugt war, es ihm zu überlassen und der Erwerber es haben und behalten darf. Indem er über das Object wie ein Eigenthümer verfügte, gab er sich für den Eigenthümer aus und muß die nachtheiligen Folgen, welche seine Handlungen für Andere haben, verantworten. Bloß auf die Natur der Sache gesehen, würde die Sache indessen keine Folgen weiter haben, als daß der Handel ungültig wäre, die Sache zurückgegeben und der dafür etwa gegebene Preis zurückgefordert würde. Auch könnte der Erwerber für den Schaden, den er etwa dadurch erlitten, daß eine fremde Sache an ihn veräussert ward, z. B. wenn er Kosten darauf verwandt hätte, Vergütung fordern. Hingegen der Verlust der Sache selbst würde nicht in Betrachtung kommen können, weil er ja keine Rechte auf eine fremde Sache erlangen konnte und indem er sie zurückgab oder dem Eigenthümer sie herauszugeben genöthigt ward, er nichts verloren hat von dem, was er im Vermögen hatte oder ohne die widerrechtliche Handlung des Anderen erworben haben würde. Haften

Lasten auf der Sache, so würde das blosse Daseyn derselben, da sie die Veräusserung und den Uebergang des Eigenthums nicht hindern, den Handel nicht ungültig machen. Wie sie aber von verschiedener Art sind, kann die Antwort über die ihretwegen zu übernehmende Verantwortlichkeit des Veräusserers nur verschieden ausfallen. Sind sie von der Art, daß dem Erwerber die Sache selbst entzogen werden kann, so würde er, sobald dieses geschehen ist, Zurückgabe dessen, was er für die Sache etwa gegeben, und Ersatz des ausserdem erlittenen Schadens fordern können. Sind sie aber von der Art, daß ihr blosses Daseyn zur Beschwerde gereicht und die Sache dadurch an Werth verliert, so würde der Erwerber so viel zurückfordern können, als er weniger für die Sache gegeben haben würde, wenn er vom Daseyn solcher nicht zu vermuthenden Lasten unterrichtet gewesen wäre.

§. 2.

Diese Grundsätze finden wir zum Theil im römischen Recht wieder, zum Theil weicht es von ihnen ab. Hauptsächlich sind es zwei Puncte, die dem römischen Recht eigenthümlich zu seyn scheinen und auf die man bei einer Darstellung dieser Lehre gleich Anfangs aufmerksam machen muß. Einmal unterscheidet das römische Recht zwischen Geschäften, bei welchen die Pflicht des Veräusserers ist, *ut rem alterius faciat*, und anderen, bei welchen, *ut rem alteri habere liceat*. Zweitens haftet der Veräusserer für alles, was ihm deshalb fehlt, daß dieses Object nicht das seinige geworden oder daß es ihm entrissen ist, nämlich im ersteren Fall für id, quod interest, *rem suam factam non esse*, und im zweiten Fall für id, quod interest, *rem evic-*

tam non esse [1]). Namentlich haftet er auch für den Gewinn, der ihm, wenn die Sache die seinige geworden oder ihm nicht entrissen wäre, zu Theil geworden seyn würde [2]). Eine Verbindlichkeit von solcher Ausdehnung läßt sich nicht anders erklären, als durch den Grundsatz des römischen Rechts: *Contractus super re aliena valet inter contrahentes.* Derjenige, welcher dem Anderen eine fremde Sache zum Eigenthum überlassen hat, muß, da dieser Contract unter den Contrahenten gilt, ihm dieß, obgleich fremde, Object zum Eigenthum verschaffen oder ihn, wenn er es nicht kann, dafür entschädigen.

§. 3.

Eine Verbindlichkeit, dafür zu haften, daß der Erwerber die Sache haben dürfe, — ut rem habere liceat, — kann sich auf ein besonderes Versprechen gründen und zwar nach römischem Recht auf Stipulation; in der Natur des Geschäfts liegt sie nur beim Kauf [1]). Hier ist das Daseyn von Ansprüchen, der blosse Umstand, daß die Sache res aliena ist, zur Begründung einer Forderung nicht genug; selbst der Umstand, daß schon Klage erhoben und ein Drit-

[1]) L. 66. §. 3. D. de evict. L. 70. D. eod. L. 43. D. de act. emt. L. 23. C. de evict. Dieß id, quod interest, begreift die Zurückgabe des Kaufgeldes, so weit es bereits bezahlt ist. L. 13. §. 9. D. de act. emt. Hat die Sache sich seit dem Ankauf und dadurch der Werth verändert, so ist zu vergüten, was die Sache zur Zeit der Entwährung werth gewesen ist. Insofern dieß aber durch Meliorationen von Seiten des Käufers geschehen ist, kann er nur insofern dafür Ersatz begehren, als er nicht berechtigt war, von dem vindicirenden Eigenthümer Vergütung dafür zu fordern. L. 45. §. 1. D. eod.

[2]) L. 8. D. de evict. L. 51. §. 3. D. eod.

[1]) Wenn Evictionsleistung durch Stipulation versprochen ist, findet sie auch ausser dem Kauf Statt. L. 52. D. de evict.

ter dem Erwerber die Sache streitig gemacht hat, reicht hier nicht hin [2]), sie muß ihm via juris entzogen seyn. Der Verkäufer ist nicht dafür verantwortlich, daß die Sache *res aliena* ist, sondern daß sie dem Käufer entrissen wird. Dieß ist etwas Eigenthümliches beim Kauf, wodurch er sich von anderen Contracten unterscheidet. Bei dieser Unterscheidung kömmt nicht jene so eben erwähnte Regel des römischen Rechts in Betrachtung: Contractus super re aliena valet inter contrahentes. Denn diese Regel gilt beim Kauf [3]), sie gilt aber eben so gut auch in anderen Fällen [4]). Eine Regel, die von allen Contracten gilt, kann nicht den Grund enthalten, zwischen einzelnen zu unterscheiden. Aber in anderen Fällen muß derjenige, der in Folge eines auf Veräusserung gerichteten Geschäfts dem Anderen etwas zu geben hat, ihn zum Eigenthümer machen. Wenn die Sache, die er als eine eigene veräussert hat, eine fremde ist, leistet er, indem er sie gibt, seiner Verbindlichkeit kein Genüge [5]). Dieß ist als die Regel anzusehen, wovon nur der Kauf eine Ausnahme macht. Denn ein Verkäufer ist nicht verbunden, den Käufer zum Eigenthümer zu machen [6]), sondern ihm die Sache zu überliefern, dafür zu haften, daß man sie ihm nicht wieder nehmen kann, und dieß durch Stipulation zu versprechen [7]).

In der Natur der Sache liegt kein Grund, weshalb zwischen dem Kauf und anderen Contracten ein Unterschied

---

[2]) L. 74. §. 2. D. de evict.

[3]) L. 28. D. de contrah. emt.

[4]) *Bachov.* ad Treutler. Vol. 2. disp. 7. th. 4. Cit. c.

[5]) L. 9. §. 3. D. de donat.

[6]) L. 25. §. 1. D. de contrah. emt.

[7]) L. 11. §. 2. et 8. D. de act. emt. L. 1. pr. D. de rerum permut. L. 2. D. de evict.

zu machen wäre. Wahrscheinlich waren es wohl die Ausdrücke der Stipulation, wodurch Gewährsleistung versprochen ward, welche zu dieser Unterscheidung die Gelegenheit gaben [8]). Der Verkäufer hat nur versprochen, dafür zu haften, *ut emtori rem habere liceat;* folglich muß der Käufer zufrieden seyn, so lange dieß geschieht. Wer sich nur für Entwährung verbindlich gemacht hat, soll nur für Entwährung haften. Hierauf beruht im Grunde die ganze Lehre von der eigentlichen Gewährsleistung.

---

[8]) L. 24. D. de evict. L. 57. §. 1. D. eod. *L.* 11. §. 18. *D. de act. emt.* Qui autem *habere licere* vendidit, videamus, quid debeat paestare, et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, *per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat*, *an vero per omnes.* Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat. Proinde, si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur: sive non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed *Julianus* lib. 15. Digestorum scribit, etiam si aperte venditor pronuntiet, *per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat*, posse defendi, ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, et si aperte in venditione comprehendatur, *nihil evictionis nomine praestaturum iri*, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret: nisi forte (inquit) sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut emptor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat: veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiam si nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit. Tunc enim, secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam, dicendum est, ex empto eum teneri, qui dolo facit.

§. 4.

Die Verbindlichkeit eines Verkäufers bezieht sich also auf das *habere licere.* Durch das habere licere ist die Pflicht eines Verkäufers beendigt und mit dem *habere non licere* propter evictionem nimmt die Forderung der Gewährsleistung ihren Anfang [1]). Ein Verkäufer haftet weil dem Käufer die Sache abgestritten ist, — *de evictione* tenetur [2]); er kann gleich demjenigen, der Gewährsleistung versprochen hat, *ob evictionem* belangt werden [3]). Er muß *evictionem* praestare. Kurz, die Entwährung ist das Ereigniß wofür, der Grund warum und die Bedingung, ohne welche nicht Entschädigung zu leisten ist.

§. 5.

So lange also der Käufer die Sache haben darf, hat er keine Ansprache an den Verkäufer. Erst wenn sie ihm durch den Ausspruch des zuständigen Richters aus Gründen, die schon damals vorhanden waren, als die Veräusserung geschah [1]), abgesprochen und in Folge dessen entzogen ist — quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem [2]) — kann er auf Gewährsleistung klagen [3]), es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich verabredet seyn [4]), und eben daher wird auch erst

---

[1]) L. 21. §. 2. et 3. D. de evict. L. 25. D. eod. L. 29. D. eod. L. 57. pr. D. eod.

[2]) L. 61. D. de evict.

[3]) L. 52. D. de evict.

[1]) L. 27. et 28. D. de evict. L. 1. C. de per. et com. rei vend.

[2]) L. 21. pr. et §. 1. D. de evict.

[3]) L. 74. §. 2. D. de evict. L. 3. C. eod.

[4]) L. 12. C. eod.

von diesem Augenblicke angerechnet die Klage darauf verjährbar [5]).

§. 6.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Entschädigung, wenn sie durch die Natur des Geschäfts oder besonderes Versprechen einmal begründet ist, dauert so lange fort, bis der Käufer unter dem Schutz der Verjährung steht und mithin, wenn ja noch Ansprüche erhoben werden, keine weiter zu fürchten hat. Für ungegründete Ansprüche haftet der Verkäufer nicht und eben so wenig für solche, die zwar ehedessen gegründet waren, es jetzt aber nicht mehr sind [1]).

§. 7.

Die Fälle, in welchen Gewährsleistung wegfällt, sind meistens nur eine Entwickelung dessen, was in der Ent-

---

[5]) L. 21. C. eod. Nur so viel erlaubt ihm das römische Recht, er darf, sobald ein Anderer Ansprache auf die Sache macht, wenn es auch erst aussergerichtlich geschehen ist, das Kaufgeld oder den rückständigen Theil desselben einbehalten, bis ihm der Gewährsleistung wegen durch Bürgen Sicherheit gestellt ist. L. 18. §. 1. D. de per. et com. rei vend. L. 24. C. de evict.

[1]) *L. 54. pr. D. de evict.* Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione. *L. 19. C. eod.* Si obligata praedia venundedisti et longi temporis praescriptione emptores se tueri possint, evictionis periculum timere non potes. Selbst, wenn der Käufer auch nur durch seine Schuld sich die Gelegenheit benahm, sich durch Verjährung schützen zu können und die Sache ihm entrissen ist, bei deren Besitz er sich hätte behaupten können, fällt die Forderung der Gewährsleistung weg. *L. 56. §. 3. D. de evict.* Si, cum possit usucapere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur. Unde, si evictus est servus, non tenetur venditor. Die Schuld kann sich, der Glosse zufolge, äussern possessionem amittendo.

währung, nach dem Begriff derselben, und folglich auch in der Entschädigung für Entwährung nicht enthalten ist. Die letztere fällt indessen auch weg, wenn der Käufer von dem Recht des Dritten, vermöge dessen die Entwährung geschieht, als er die Sache kaufte, unterrichtet war, und folglich den Schaden, den er leidet, seiner eigenen Schuld zuzuschreiben hat [1]). Daß er diese Kenntniß, die er als eine historische nur durch Erfahrung erlangt haben kann, gehabt habe, ist nicht zu vermuthen; der Gegner muß es beweisen [2]).

§. 8.

Schulting definirt die Eviction auf folgende Art: plena et efficax victoria ejus, qui agit cum emtore vel cum quo agit emtor, per quam emtori rem habere non licet [1]). Aber Eviction kann jeder erleiden, und es kömmt nicht darauf an, wer sie erleidet, noch aus welchem Grunde oder mit welcher Wirkung sie erlitten wird. Das *habere licere* gehört nicht in den Begriff der Eviction. Etwas Anderes ist die Entwährung und etwas Anderes die Gewährsleistung. Die Gewährsleistung oder Entschädigung dafür, daß ihm die Sache via juris entzogen wird, hat nur der Käufer zu fordern, der die Sache nicht haben darf. Es wird also in dieser Definition evictio und evictionis praestatio mit einander verwechselt.

§. 9.

Andere Grundsätze, als von der Gewährsleistung, gelten, wenn der Contract von der Art ist, daß er den Ver-

---

[1]) L. 16. §. 2. D. de liberali causa. L. 9. L. 18. C. de evict.

[2]) *L. 30. C. de evict.* Non ex eo quod duplum is, qui a matre tua mancipium comparaverat, evictionis nomine stipulatus est alienae rei scientia convincitur: nec opinio ejus ex hoc laeditur, ut malae fidei emptor existimetur.

[1]) Theses controv. dec. 86. §. 1.

äusserer verpflichtet, *ut rem alterius faciat.* Hier kann der Erwerber, vorausgesetzt, daß er von seiner Seite den Contract erfüllt hat, schon vor der wirklich erfolgten Entwährung, ja ohne alle Rücksicht auf sie, wenn eine res aliena gegeben ist, wegen Nichterfüllung des Contracts klagen [1]). Ich glaube selbst, daß, wenn man es genau nehmen wollte, die immittelst etwa vollendete Verjährung, die, wie wir gesehen haben, den Käufer gegen die Forderung der Gewährsleistung schützt, auf diese Ansprache ohne Einfluß seyn würde. Denn es bleibt nichts desto weniger wahr, daß der Veräusserer den Contract nicht erfüllt hat. Nicht er hat den Erwerber durch die Uebergabe zum Eigenthümer gemacht, sondern eine Begebenheit, die ohne sein Zuthun nach der Veräusserung sich ereignete. Wenn der Erwerber die Sache verjährt, verdankt er dieß dem Gesetz und sich; daß er durch den Ablauf der Zeit und fortgesetzten Besitz das Eigenthum erwirbt, ist ein beneficium für ihn. Auf der anderen Seite scheint es gegen den Geist des römischen Rechts zu seyn, daß Jemand die Sache haben und ein Aequivalent begehren dürfte. Fordert er Entschädigung, so könnte er sie nur dafür fordern, daß ihm die Sache fehlt; sie ist ihm aber in Folge des Handels zu Theil geworden. Man muß die Sache von der Seite ansehen, daß der Veräusserer zwar den Contract nicht erfüllt, der Erwerber aber in Hinsicht auf die Sache keinen Schaden davon gehabt hat. Hätte er ausser dem Verlust der Sache einen Schaden erlitten, so würde kein Grund vorhanden seyn, weshalb er nicht dafür sollte Vergütung fordern können.

---

[1]) L. 30. §. 1. D. de act. emt. L. ult. D. de cond. causa data, causa non sec. L. 167. D. de reg. jur.

§. 10.

Die Gründe, aus denen die Entwährung geschehen kann und die der Vergangenheit angehören müssen, sind hauptsächlich Eigenthum und Pfandrecht [1]). Indessen lassen sie sich hierauf gerade nicht beschränken. Auch wegen eines juris emphyteuseos oder superficiei kann Entwährung geschehen und in Folge dessen Gewährsleistung gefordert werden [2]).

§. 11.

Etwas Anderes sind Gründe der Entwährung und etwas Anderes Gründe der Verbindlichkeit der Gewährsleistung. Die Rechtsgelehrten pflegen einen dreifachen Grund anzuführen, aus welchem die Verbindlichkeit zur Gewährsleistung hervorgehen kann, die Natur des Contracts, Versprechen und Dolus.

Der Dolus kann in Fällen der Entwährung allerdings in Betracht kommen, aber nicht um die Forderung einer Gewährsleistung darauf zu bauen, sondern eine Ansprache auf Entschädigung. Wer nicht nöthig gehabt haben würde, die Gewähr zu leisten oder den Käufer dafür zu entschädigen, daß ihm die Sache abgestritten ist, kann ohne Rücksicht auf Entwährung wegen seiner Unredlichkeit verbunden seyn, ihn dafür zu entschädigen, daß ihm die Sache nicht zu Theil geworden ist. Dieß ist zweierlei; auch unterscheidet das römische Recht ausdrücklich für Eviction haften und wegen Dolus mit der Klage aus dem Kauf belangt

---

[1]) *L.* 34. §. 2. *D. de evict.* Duplae stipulatio evictionem non unam continet, si qui dominium rei petierit et evicerit, sed et si Serviana actione experiatur.

[2]) L. 38. §. 3. D. de Verb. Obl. *Schulting* theses controv. dec. 87. th. 6. *Voet* ad tit. Dig. de evict. nr. 16.

werden [1]). Der Schade, den der Erwerber leidet, kann sich durch Eviction äussern, wenn die Sache bloß verpfändet ist; ist sie aliena, so ist selbst der Verkäufer, nämlich der unredliche, schon gleich Anfangs verhaftet. In Fällen, in welchen die Natur des Contracts zur Gewährsleistung verpflichtet, muß Entwährung geschehen seyn, wenn Gewährsleistung gefordert werden soll. Erst mit der Entwährung ist der Schade geschehen, wofür Ersatz gefordert werden kann; hier aber, wo die Handlung schon an sich und ohne Weiteres zur Entschädigung verpflichtet, ist die wirkliche Entwährung nicht absolut nothwendig.

L. 30. §. 1. *D. de act. emt.*

Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris; etiam prius quam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat: quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam, ignoranti vendidit. Idem est maxime, si manumissuro, vel pignori daturo vendiderit.

Der Verkäufer soll den Käufer entschädigen, nicht dafür, daß die Sache ihm abgestritten, sondern, daß sie nicht die seinige geworden ist. An und für sich würde der Erwerber bloß eine Vergütung für den Schaden fordern können, den der Veräusserer ihm durch die Täuschnng verursacht hat. Man kann aber nicht sagen, daß dieß Entbehren der Sache Folge der Täuschung sey. Das Entbehren der

[1]) L. 11. §. 15. 16. 18. D. de act. emt. L. 69. §. 5. de evict. L. 2. C. Cred. evict. pign. non debere.

Sache ist Folge davon, daß die Sache res aliena war, nicht aber Folge davon, daß der Verkäufer dem Käufer dieß verschwiegen hat. Wenn er dennoch den Erwerber dafür entschädigen soll, daß die verkaufte Sache nicht die seinige geworden ist, so muß dieß auf andere Art erklärt werden. Da er die fremde Sache wissentlich als die seinige verkauft hat, so soll er nun auch dafür aufkommen, daß sie die seinige sey und so behandelt werden, als sey sie es. Der Dolus soll den Verkäufer verpflichten, das wahr zu machen, worüber er den Käufer getäuscht hat, nämlich, es zu bewirken, daß sie die seinige wird, und da er dieß nicht kann, ihn dafür zu entschädigen. Ich sehe zwar nicht, mit welchem Recht der Dolus diese Wirkung hervorbringen kann, aber man muß hier von den Ideen, welche die Natur der Sache darbietet, abstrahiren und sich in die Ideen der römischen Rechtsgelehrten zu versetzen suchen. Ich habe schon gesagt, wie nach der Regel des römischen Rechts der Veräusserer dafür haften muß, daß die Sache in das Eigenthum des Erwerbers übergeht und der Kauf nur eine Ausnahme von der Regel macht; aber der Dolus stellt den Normalzustand auch beim Kauf wieder her. Der Dolus begründet selbstständig die Klage aus dem Kauf, und es kömmt auf das Versprechen der Gewährsleistung und auf die dabei gebrauchten Worte nicht an [2]). Entschädigung für nachtheilige Folgen der Täuschung wird der Käufer, insofern sie nicht unter dem Vorigen schon begriffen sind, ohne Zweifel noch nebenher fordern können [3]), z. B. wenn er im Streit um die Sache gegen den Eigenthümer Kosten aufgewandt hat.

---

[2]) L. 11. §. 16. L. 13. §. 14. D. de act. emt.

[3]) L. 4. pr. D. de act. emt.

§. 12.

Man glaube übrigens nicht, daß es ein blosser Streit um Worte sey, ob ein Veräusserer dafür haftet, *ut res alterius sit*, oder, *ut rem alteri habere liceat*. Muß der Veräusserer dafür haften, daß die Sache in das Eigenthum des Anderen übergehe, diese Verbindlichkeit ist gleich Anfangs vorhanden; sie wird in dem Augenblick der Uebergabe verletzt und der Erwerber hat nicht nöthig, das Ereigniß der Entwährung abzuwarten, um klagen zu können. Besonders ist der Unterschied von Einfluß, wenn die verkaufte Sache nach der Uebergabe durch einen Unglücksfall verloren geht. Gewährsleistung kann in diesem Fall nicht gefordert werden, weil keine Entwährung geschehen ist; de evictione findet keine Klage Statt, während de dolo noch immer geklagt werden kann [1]). Dasselbe gilt ohne Zweifel bei denjenigen Contracten, die darauf gerichtet sind, *ut res alterius sit*. Da sie durch die Hingabe nicht sua geworden ist, wenn sie ihm auch nicht abgestritten ist, muß der Veräusserer ohne Rücksicht darauf Entschädigung leisten.

§. 13.

Die Rechtsgelehrten stellen die Sache so dar, als werde die Gewähr bei allen contractibus onerosis und nur vorzugsweise beim Kauf geleistet. Namentlich wird sie, den Rechtsgelehrten zufolge, geleistet beim Tausch, bei der

---

[1]) *L.* 21. *pr. D. de evict.* Si servus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincit, sed factum humanae sortis: de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit. *L.* 26. *C. eod.* Si quis tibi servum vendidit: postquam is rebus humanis exemptus est, cum evictionis periculum finitum sit, a te conveniri non potest.

Hingabe an Zahlungsstatt, bei der Erbtheilung[1]). Auch wer eine Sache — nicht die streitige — im Vergleich erhalten hat, damit er von einem gewissen Proceß abstehe, kann Gewährsleistung fordern [2]). Bei der Schenkung fällt sie weg [3]), aber nicht beim *legato generis*, folglich auch nicht bei der *donatio generis* [4]).

Also die Rechtsgelehrten. Nach meinem Ermessen ist Gewährsleistung etwas dem Kauf durchaus Eigenthümliches. Bei anderen contractibus onerosis kann Entwährung vorkommen, aber keine Gewährsleistung, wenigstens kann sie nicht aus dem Grunde des fehlenden Eigenthums gefordert werden, wiewohl hier in Fällen der Entwährung, die von einem Dritten ex causa dominii bewerkstelligt wird, und auch ohne sie, ähnliche Verpflichtungen vorkommen können.

Nur das Einzige kann überhaupt zweifelhaft seyn, ob unter den angeführten Geschäften nicht einige sind, und zwar diejenigen, welche dem Kauf ähnlich sind, bei welchen in Hinsicht auf Gewährsleistung dieselben Grundsätze gelten, wie beim Kauf. Die folgende Abhandlung wird uns Gelegenheit geben, dieß näher zu untersuchen.

---

[1]) L. 4. L. 29. C. de evict. L. 66. §. 3. D. eod.

[2]) L. 33. C. de transact.

[3]) L. 2 C. de evict.

[4]) L. 58. D. de evict.

2) Gewährsleistung beim Tausch.

Wie künstlich das System des römischen Rechts aufgebaut sey, kann Niemanden unbekannt seyn, der nicht ganz ein Fremdling darin ist. Unter andern gibt der Tausch davon ein redendes Beispiel. Wie einfach ist der Tausch an und für sich und im römischen Rechtssystem wie verwickelt! Daher große Ungewißheit über die Natur dieses ältesten aller rechtlichen Geschäfte und unter den Rechtsgelehrten Uneinigkeit und Verschiedenheit der Meinungen. Selbst über den Begriff des Tausches sind sie nicht einig. Für unseren Zweck kann es genug seyn, Folgendes über den Tausch überhaupt voranzuschicken.

Das blosse Uebereinkommen über die Vertauschung zweier Sachen — das *placitum permutationis* — bringt als pactum nudum nach reinem römischen Recht keine Klage hervor, wenn es nicht in die Form der Stipulation gekleidet ist [1]). Wenn aber der Eine dem Anderen eine species hingibt, damit dieser ihm eine andere species dagegen gebe, so wird durch Geben und Empfangen eine Verbindlichkeit

[1]) L. 7. §. 2. et 4. D. de pactis. L. 3. C. de rerum permutat.

auf Seiten des Empfängers hervorgebracht [2]). Es liegt beim Tausch ein unbenannter Contract do ut des zum Grunde, ja es ist eine alte Streitfrage, ob nicht der Tausch der einzige Contract dieser Art sey [3]). Eigentlich sind es wohl zwei *contractus do ut des*, aus deren Vereinigung der Tausch hervorgeht; jeder gibt dem Anderen eine species, damit der Andere eine andere species dagegen gebe, und sobald dieß von beiden Seiten geschehen ist, eben so bald ist durch wechselseitige Uebergabe das Eigenthum beider Sachen verändert und der Tausch vollendet. Wenn aber Geben und Empfangen von beiden Seiten nicht zu gleicher Zeit geschieht, sondern für das Erste nur der Eine gibt, so ist hier vor der Hand nur ein (einfacher) contractus do ut des geschlossen, den Einige auch schon permutatio nennen, der es aber in eigentlicher Bedeutung nicht ist [4]), und weil er nur unter der Bedingung gegeben hat, daß der Andere dagegen gebe, so steht es dem Geber, solange der Empfänger nicht auch von seiner Seite gegeben hat, frei, zurückzutreten und die zum Tausch gegebene Sache von dem Empfänger, so lange dieser sie noch besitzt — nicht aber, wenn er sie, die durch die Uebergabe in sein Eigenthum übergegangen war, veräussert hat, von dem dritten Besitzer [5]) — mit der condictio causa data, causa non secuta, welche quasi ex contractu entspringt, zurückzufordern; statt dessen kann er auch

---

[2]) Permutatio ex re tradita initium obligationi praebet, bemerkt Paulus L. 1. § 2. D. de rer. permut. Ueber die ganze L. 1. D. de rer. permut. als eine s. g. *lex magistralis* s. *Anton Faber* Rat. h. l.

[3]) *Cocceji* jus civ. controv. tit. de rer. permut. qu. 9.

[4]) *A. Faber* conjecturae lib. 6. cap. 9. p. 148. Weber zu Höpfners Com. §. 822. Note 6.

[5]) L. 4. C. de rer. permut. *Cocceji* c. l. qu. 3.

gegen den Empfänger, welcher durch den Empfang gegen ihn verpflichtet ist, mit der aus dem unbenannten Contract entspringenden, auf Erfüllung desselben gerichteten, Klage, mit der actio praescriptis verbis, Wiedergeben, und in subsidium *id, quod interest*, begehren. Ich sehe zwar nicht, wie es möglich ist, daß Jemand durch bloßes Empfangen zu etwas Anderem verbindlich werden kann, als das Empfangene zurückzugeben, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, unter welcher es ihm gegeben ward; denn das vorhergegangene wechselseitige Versprechen des Austausches ist ja als pactum nudum nicht verbindlich. Allein, man muß, um dieß zu erklären, indem man aus der Wirkung auf die Ursache zurückschließt, annehmen, wie durch das hinzukommende Geben und Empfangen nicht nur der Empfänger verpflichtet, sondern überhaupt jenes pactum nudum, welches die causa traditionis ist und mit ihr in einer unzertrennlichen Verbindung steht, zugleich klagbar wird. Und dieß gibt ja auch jene Stelle des Codex — L. 3. C. de rer. permut. — deutlich genug zu verstehen, woselbst es heißt: Ex placito permutationis, *nulla re secuta*, constat, nemini actionem competere. Damit würde es wieder nicht übereinstimmen, daß der Geber die Sache zurückfordern kann, wenn man nicht weiter annimmt, daß durch das Geben und Empfangen der Tauschvertrag nur für den Empfänger verbindlich und nur gegen den Empfänger klagbar wird. Es kann nun aber seyn, ja es wird der gewöhnliche Fall seyn, daß, nachdem der Eine gegeben hat, der Andere in der Folge gleichfalls gibt, dann kömmt zu dem ersten einfachen ein zweiter contractus do ut des hinzu; denn auch der Zweite gibt, damit der Andere gebe, indem es einerlei seyn kann, ob dieß Geben des Anderen erst

geschehen soll oder ob es bereits im voraus geschehen ist, ob der Empfänger nur gibt, damit ihm gegeben werde oder damit er das bereits Empfangene behalten dürfe.

Nachdem wir uns auf solche Art über Grundsätze verständigt haben, die uns bei dem eigentlichen Thema dieser Untersuchung zu Statten kommen werden, entsteht nun die Frage, ob, wie beim Kauf, also auch beim Tausch Gewährsleistung gefordert werden könne. Ungeachtet der nahen Verwandtschaft beider Contracte, des Tausches und des Kaufs, gelten doch in Hinsicht auf Gewährsleistung ganz andere Grundsätze beim Kauf, wie beim Tausch, wovon der Grund ist, daß das Object des einen Geschäfts *res aliena*, des anderen nicht seyn kann. Der Tausch gehört nicht, gleich dem Kauf, zu denjenigen Geschäften, wobei der Geber seiner Pflicht ein Genüge leistet, wenn er dem Anderen eine Sache übergibt und dann dafür gut ist, daß sie ihm nicht wieder genommen wird. Vielmehr, wer dem Anderen eine Sache im Tausch gibt, muß ihn zum Eigenthümer machen; fremde Sachen können verkauft, aber nicht vertauscht werden. Alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem, lehrt Pedius [6]). Daher wird gerade in den Hauptfällen der Eviction hier keine eigentliche Gewährsleistung gefordert werden können. Zwar, Eviction selbst kann beim Tausch so gut, wie in anderen Fällen, Statt finden; auch

[6]) L. 1. §. 3. D. de rerum permut. Dieses hindert nicht, daß nicht die durch Tausch empfangene fremde Sache durch Verjährung erworben werden könnte. L. 7. §. 5. D. de Publ. in rem act. Der Tausch ist *justa causa traditionis*, und der blosse Umstand, daß die Sache *res aliena* ist, kann die Verjährung nicht hindern, die gerade eine solche voraussetzt.

Litisdenunciation ist hier so gut, wie in anderen Fällen, nothwendig [7]). Denn, aus welchem Grunde er zur Entschädigung verpflichtet seyn mag, immer wird dem Auctor, der nicht ungehört und unvertheidigt bleiben darf, daran gelegen seyn, daß die Ansprache, die der Dritte auf die Sache macht, vereitelt wird und der Richter seine Befugniß, über die Sache so, wie geschehen, zu verfügen, für gültig anerkennt. Es kann auch Gewährsleistung beim Tausch vorkommen, z. B. wenn eine verpfändete Sache im Tausch gegeben ist und der Gläubiger sie dem Empfänger entwährt. Aber, wenn die Sache *ex causa dominii* entwährt wird, dann kann von keiner Gewährsleistung die Rede seyn.

Gesetzt also, Jemand gibt dem Anderen eine Sache, damit er ihm eine andere dagegen gebe, die Sache aber, die er gibt, ist *res aliena* und wird als solche ihm abgestritten, so versteht es sich zuvörderst, daß der Empfänger nicht verbunden ist, die Sache zu geben, die er an seinem Theil geben sollte; denn der Geber einer fremden Sache hat nichts gegeben [8]) und folglich den Vertrag nicht erfüllt, mithin ist auch der Empfänger an seinem Theil nicht verbunden, ihn zu erfüllen. Dieser, der selbst durch den Empfang einer eigenen Sache nur verpflichtet wird, ist durch den Empfang einer fremden nicht berechtigt, Entschädigung zu fordern. Bloß der Geber hat hier eine Klage auf Zurückgabe der Sache, quasi re non secuta [9]).

---

[7]) L. 29. C. de evict.

[8]) Non videntur data, quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt. L. 167. pr. D. de reg. jur. S. auch §. 14. *I. de act.* — dari cuique id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat.

[9]) L. 1. §. 4. D. de rer. permut. Diese Stelle zu verstehen, muß man bemerken, daß sie von

Gesetzt ferner, Jemand hat für eine fremde Sache seine eigene weggegeben, so versteht es sich bei ihm von selbst, daß er sie — mit der condictio causa data causa non secuta — zurückfordern könne [10]. Statt dessen kann er auch, da er von seiner Seite durch Hingabe einer eigenen Sache den Gegner verpflichtet hat, aus dem unbenannten Contract auf id, quod interest, klagen [11]. Er kann, wenn ihm die Sache durch den Ausspruch des Richters entzogen ist, auf diese Veranlassung und auch ohne sie Entschädigung für Nichterfüllung des Vertrags, aber keine eigentliche Gewährsleistung oder Entschädigung dafür, daß ihm die Sache abgestritten ist, fordern und diese Forderung, die nicht, wie beim Kauf, aus der Entwährung entsteht, ist von der Entwährung nicht abhängig und der Empfänger hat nicht nöthig, den Fall der Entwährung abzuwarten. Beim Kauf wird die Verbindlichkeit durch das Factum der Eviction hervorgebracht; si evicta res non est, nihil debetur, heißt es hier [12]; allein beim Tausch leistet der Geber seiner Verbindlichkeit gleich Anfangs kein Genüge, wenn er eine fremde Sache hingibt und den Empfänger nicht auf der Stelle zum Eigenthümer macht; wie kann also hier die Eviction *conditio sine qua non* seyn?

Gleichwohl scheint das römische Recht zu lehren, daß beim Tausch Gewährsleistung gefordert werden könne. Es sagt zwar nicht ausdrücklich Gewährsleistung, sondern id,

---

einer *res aliena* handelt. *Cujac.* obs. lib. 23. cap. 28. *Cocceji* jus civ. controv. h. t. qu. 4.

[10]) Von einem Fall dieser Art scheint L. 1. C. de rer. permut. zu handeln.

[11]) L. 7. §. 2. D. de pactis. L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis. L. 29. C. de evict.

[12]) L. 1. pr. D. de permut.

quod interest. Es lehrt aber doch, daß, wenn die im Tausch empfangene Sache dem Einen oder dem Anderen in der Folge entwährt wird, der Empfänger mit einer actio in factum oder praescriptis verbis klagen, daß er dann, *si res evincatur*, wie es in den Pandecten, oder, *evictis* his praediis, wie es im Codex heißt, id, quod interest, fordern könne [13]). Es scheint hiernach, daß die wirklich erfolgte Eviction beim Tausch, wie beim Kauf, conditio sine qua non einer Entschädigungsansprache sey. Dieß würde nun aber der Natur eines Geschäfts, welches nur eine res propria zum Gegenstande haben kann, nicht angemessen seyn.

Soll man mit der Glosse annehmen: In re aliena consistit permutatio, donec evincitur? Aber die Glosse hat keine Gründe und keine Stellen beigebracht, wodurch dieser schon an sich unglaubliche Satz bewiesen würde. Man

---

[13]) *L.* 1. §. 1. *D. de rer. permut.* Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem, respondetur. *L.* 7. §. 2. *D. de pactis.* Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: ut puta, dedi tibi rem, *ut mihi aliam dares:* dedi, *ut aliquid facias*, hoc συνάλλαγμα, id est *contractum* esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum, *ut Pamphilum manumittas*, manumisisti, evictus est Stichus. Julianus scribit, in factum actionem a Praetore dandam, ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit: unde haec nascitur actio. *L.* 29. *C. de evict.* Si permutationis gratia praedia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit: his, quae in eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denunciatum, vel cum eorum non haberet facultatem, evictis, quanti interest eos conveniri posse, rationis est.

könnte ferner sagen, die hierher gehörigen Stellen des römischen Rechts handelten von Fällen, da die Entwährung nicht *ex causa dominii* geschehen sey. Allein, sie mögen immerhin auch von Fällen dieser Art handeln und dennoch beweisen sie nicht, was man daraus herleiten möchte. So lange dem Erwerber die Sache nicht abgesprochen ist, hat er keine Veranlassung zum Klagen. Tritt er ohne diese Veranlassung als Kläger auf, so würde er sich mit der Last eines Beweises bebürden, den er vielleicht nicht führen kann und der seinem Interesse widerspricht. Sobald ihm aber die Sache abgestritten und durch den Richter erkannt ist, daß sie dem Gegner gehöre und des Auctors nicht gewesen sey, gewinnt die Sache eine andere Gestalt. Nun kann er, ja nun ist er genöthigt, auf den Auctor zurückzugehen und Entschädigung zu fordern, nicht sowohl dafür, daß ihm die Sache abgestritten ist, denn darauf beschränkt sich ja beim Tausch die Verbindlichkeit des Gebers nicht, wohl aber dafür, daß der Geber den Empfänger nicht zum Eigenthümer gemacht, also das nicht gethan hat, was der Natur des Contracts gemäß ist. Da die Verbindlichkeit durch Eviction nicht entsteht, kann sie auch nicht auf Eviction beschränkt werden. Es kann zwar im Fall der Eviction id quod interest gefordert werden, aber nicht aus dem Grunde der geschehenen Eviction, nicht deshalb, weil die Sache dem Empfänger abgestritten ist, sondern, weil es durch die Eviction offenbar geworden ist, daß die Sache *aliena* sey. So, denke ich, ist es zu verstehen, wenn es im römischen Recht heißt, daß im Fall der Eviction der eingetauschten Sache id quod interest gefordert werden könne. Dieß id quod interest muß aus der Natur des Geschäfts erklärt werden; es ist Entschädigung, aber keine Gewährs-

leistung, Entschädigung dafür, daß dem Empfänger die versprochene Sache nicht zu Theil geworden ist [14]). Indem das römische Recht dem Empfänger das Recht beilegt, im Fall der Entwährung id quod interest fordern zu können, ist damit nicht gesagt, daß diese Forderung aus der Eviction entsprungen oder auf sie zu beschränken sey.

Zur Bestätigung kann hier dienen, was das römische Recht über Sachen lehrt, die im Vergleich gegeben sind. Ein Vergleich ist als pactum nudum nicht klagbar, wenn nicht die Form der Stipulation dabei gebraucht ist; außerdem gewährt er nur eine Einrede. Wenn aber in Folge des Vergleichs etwas gegeben oder geleistet, z. B. ein Proceß aufgegeben ist, so ist ein unbenannter Contract geschlossen und derjenige, welcher gegeben oder geleistet hat, kann von dem Anderen fordern, daß er das dagegen gebe oder leiste, wozu er sich verbindlich gemacht hat [15]). Gesetzt nun, derjenige, welcher seine Ansprüche aufgab, hat ein Grundstück dagegen erhalten, es ist aber res aliena oder alteri obligata, dann hat er gegen den Geber Ansprache auf id quod interest. Von Eviction ist diese Forderung nicht abhängig; die hierher gehörige Stelle des römischen Rechts erwähnt nichts hiervon.

Es bleiben noch zwei Fragen zu beantworten übrig:

Worin besteht der Grund, daß fremde Sachen verkauft, aber nicht vertauscht werden können? Liegt dieser Grund etwa in der technischen Bedeutung des Wortes *dare*? Dieser Grund könnte wohl bei einem stipulatio *dandi* genügen, bei welcher der Versprechende den Anderen zum Eigenthümer

---

14) L. 1. §. 4. D. de rer. permut. *G. Noodt* de pactis cap. 14. (Opera p. 456.)

15) L. 6. L. 33. C. de transact.

machen muß [16]), aber nicht beim Tausch, wobei es auf die gebrauchten Worte nicht ankömmt.

Ich habe schon erwähnt, daß es überhaupt Regel ist, daß derjenige, der eine Sache an den Anderen veräussert, ihn zum Eigenthümer machen muß. Von dieser Regel findet eine Ausnahme Statt beim Kauf, aber nicht ebenso beim Tausch. Blosse Gewährsleistung kann hier nicht genügen; der Geber muß den Empfänger auf der Stelle zum Eigenthümer machen. Das Geben einer eigenen Sache gehört sogar bei diesem Contract zum Wesen desselben, und selbst jene Regel: contractus super re aliena valet inter contrahentes, die bei allen Contracten Anwendung findet, kann hier so wenig, wie beim Darlehn, wobei es ja auch darauf abgesehen ist, daß die hingegebene Sache aus dem Eigenthum des Einen in dasjenige des Anderen übergehen soll [17]), Anwendung finden. Der Tausch ist ein Realcontract; die Verbindlichkeit wird hier erst durch Geben und Empfangen hervorgebracht; das Geben und Empfangen einer fremden Sache ist aber nicht geschickt, eine Verbindlichkeit hervorzubringen; wer dem Anderen eine fremde Sache gibt, macht ihn nicht verbindlich [18]), den Contract zu erfüllen, den er selbst nicht erfüllt hat. Denn es sollte eine Sache gegeben werden, welche

---

[16]) L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. L. 75. §. 10. de Verb. Obl.

[17]) *L. 2. §. 3. D. de rebus creditis.* Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie. Nam creditum consistit extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum, etiam si nihil proficiscatur: veluti si post nuptias dos promittatur.

[18]) *L. 17. pr. D. de pactis* — re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

aus dem Eigenthum des Einen in dasjenige des Anderen überging, und dieß ist nicht geschehen. Hat Jemand aber für eine eigene Sache, die er gab, eine fremde empfangen, so kann er klagen, nicht darüber, daß ihm die Sache bei Gericht abgestritten ist, sondern daß sein durch Empfangen zum Geben verpflichteter Gegner den Contract von seiner Seite nicht erfüllt hat.

Eine zweite Frage würde seyn, welche Grundsätze gelten von den übrigen Geschäften, ausser dem Kauf und Tausch, sind auf sie die Grundsätze vom Kauf oder vom Tausch anwendbar? Die natürlichste Antwort würde, wie es auf den ersten Anblick scheinen möchte, seyn, je nachdem sie Tausch oder Kauf sind, gelten bei ihnen die Grundsätze vom Tausch oder Kauf. Es würde also in einzelnen Fällen darauf ankommen, ob die wesentlichen Merkmale des einen oder des anderen Geschäfts vorhanden, ob Waare und Preis verabredet oder eine species für die andere gegeben ist. Das römische Recht führt in dieser Hinsicht nicht immer dieselbe Sprache; es sieht z. B. die Erbtheilung als Tausch an [19]) und sagt am anderen Ort von ihr: *emtionis* vicem obtinet [20]). Wirklich kann auch dasselbe Rechtsgeschäft bisweilen als Kauf und bisweilen als Tausch anzusehen seyn.

Ich möchte glauben, daß dieser Unterschied auf nichts Anderes, als etwa nur auf die Klage von Einfluß seyn kann, womit der Erwerber seine Entschädigunganspruche geltend macht. Mit Sicherheit ist wenigstens nicht zu ersehen, daß das römische Recht bei diesen Geschäften, die bald Tausch, bald Kauf seyn können, den ofterwähnten Unterschied zwischen der Verbindlichkeit, den Anderen zum Eigenthümer

---

[19]) L. 20. §. 3. D. Fam. ercisc. | [20]) L. 1. C. Com. utriusque jud.

zu machen und der andern, dafür zu haften, daß er sie haben darf, anerkenne und die Gewährsleistung nicht vielmehr auf den eigentlichen Kauf zu beschränken sey. Mir scheint es, sie sey etwas dem eigentlichen Kauf durchaus Eigenthümliches, wie ich auch schon oben erwähnt habe. Zur Bestätigung kann hier dienen, was ich über Sachen gesagt habe, die im Vergleich gegeben sind.

Besonders ist es aber die Hingabe an Zahlungsstatt, die hier in Betrachtung kömmt. Sie vertritt bald die Stelle des Kaufs, bald des Tausches; denn, wenn Jemand für eine Geldforderung eine bestimmte Sache erhalten soll und erhält, was kann es anders seyn, als ein Kauf, welcher geschlossen und erfüllt wird? Hier ist Preis, hier ist Waare und der *consensus* fehlt nicht, der Beide verbindet. Gesetzt aber, Jemand hat für eine Species, die er zu fordern hatte, eine andere Species in solutum erhalten, so würde das Geschäft nur als Tausch angesehen werden können. Welche Grundsätze nun aber gelten, wenn die Sache, die der Gläubiger an Zahlungsstatt erhalten hat, einem Dritten gehörte oder verpfändet war und sie dem Gläubiger entzogen wird, das ist sehr ungewiß; das römische Recht gibt darüber kein klares Licht und die Rechtsgelehrten stellen verschiedene Meinungen darüber auf. So lehrt z. B. Westphal[21]), wenn das Geschäft Kauf sey, so könne die vorige Forderung nicht wieder geltend gemacht werden, als ob man darauf nichts empfangen hätte. Denn die datio in solutum werde als Kauf durch die Entwährung nicht rückgängig. Wenn es aber Tausch sey, so gehe der Handel zurück und man habe die Wahl, ob man Gewährsleistung for-

---

[21]) vom Kauf §. 203.

dern oder seine vorigen Rechte wieder geltend machen wolle. Andere legen dem Gläubiger eine Wahl dieser Art ohne Unterschied bei. Nach meinem Ermessen steht sie ihm weder in dem eineu Fall zu, noch in dem anderen.

So viel ich bei einer sorgfältigen Vergleichung der einzelnen hierher gehörigen Stellen finden kann, gelten von der datio in solutum Grundsätze, welche die Theorie der Rechtsgelehrten nicht, wohl aber die meinige bestätigen.

Die Hingabe an Zahlungsstatt kann weder als ein gewöhnlicher Kauf, noch als ein gewöhnlicher Tausch, sondern muß — als datio in solutum behandelt werden. Es kömmt nämlich in Betrachtung, daß das, was gegeben wird, zur Befriedigung eines Gläubigers dienen und die Stelle der Zahlung vertreten soll. Durch die datio rei *alienae* in solutum wird keine Zahlung, keine Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit hervorgebracht. Hat Jemand für eine Species, die er zu fordern hatte, fremdes Geld in solutum empfangen, so bringt erst die consumtio den effectum liberandi hervor[22]). Indem zur Befriedigung des Gläubigers eine Sache gegeben ward, die statt des schuldigen Objects in sein Eigenthum übergehen sollte, die es aber nicht konnte, weil sie res aliena war, ist nichts gegeben und er nicht befriedigt. Er kann die alte Forderung wieder geltend machen — manet pristina obligatio —; selbst wenn die Sache, die er empfing, ihm auch nur theilweise wieder abgestritten ist, dauert sie ganz fort, weil er nur die ganze Sache zur Zahlung angenommen hat. Seine alte Forderung wird durch die Entwährung der Sache nicht etwa wieder hergestellt; sie hat noch nie aufgehört [23]). Die Fort-

---

[22]) L. 19. §. 1. D. de rebus cred.

[23]) *L.* 46. *pr. D. de solut.* Si quis aliam rem pro alia volenti

dauer der alten Forderung statuirt das römische Recht nicht bloß in Fällen, da species gegen species zur Zahlung gegeben ist und statuirt es nicht so, als wäre dieß etwas Besonderes bei dieser Art der datio in solutum [24]); es statuirt sie sogar ausdrücklich in Fällen, wo für eine *quantitas* eine *species* gegeben ist, das Geschäft als Kauf behandelt und actio ex emto für zulässig erklärt wird [25]). Mit dieser Fortdauer der alten Verbindlichkeit ist nun eine Ansprache auf eigentliche Gewährsleistung d. h. Entschädigung dafür, daß dem Gläubiger die Sache abgestritten oder via juris genommen ist, gar nicht vereinbarlich. Denn, wenn Jemand das zurückbehalten hat, was er im Tausch geben sollte, wie kann er Entschädigung dafür fordern, daß ihm das nicht zu Theil geworden ist, was er als etwas Gleichgeltendes für das Weggegebene erhalten sollte? Und wie kann er wählen zwischen dem, was er schon hat — und dem, wovon hier gar nicht die Rede seyn kann? Der Unterschied zwischen Kauf und Tausch kömmt hier allerdings auch in Betrachtung;

---

solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio: et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat. Nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret. §. 1. *eod.* Sed et si duos fundos (verbi gratia) pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. Tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, quum pro solido facta est suscipientis.

[24]) *L.* 8. *C. de sent. et interlocut.* Libera quidem Theodora, quam ex emptionis causa vel in solutum creditori traditam proponis, pronunciata, citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest. Verum si mota quaestione, praemissa denunciatione ei, qui auctor hujusmodi mulieris fuit, judicatum processit, quanti tua interest, empti, si emisti, vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis.

[25]) L. 24. pr. D. de pign. act.

er ist aber bloß auf die Klagen von Einfluß, mit welchen der Gläubiger Vergütung dafür fordern kann, daß ihm zu seiner Befriedigung eine fremde Sache gegeben ist, z. B. wenn er in dem Proceß, worin ihm die Sache abgestritten ist, Kosten aufgewandt hat. Denn, wenn gleich seine alte Forderung fortdauert und er daher schon durch seine Lage gegen Schaden, den er dadurch erleiden kann, daß jenes, ihm zum Zweck seiner Befriedigung gegebene, Object res aliena oder alteri obligata ist oder daß es ihm entrissen wird, besser, wie sonst Jemand, welcher auf einen Gewährsmann zurückgehen kann, geschützt ist, so kann er doch nebenher in Folge der Handlung des Schuldners, der ihm ein Object der Art zur Bezahlung hingab, Schaden erleiden, wofür die alte Forderung die Gewähr nicht leistet. Und für diesen Schaden fordert er Ersatz mit der actio emti, wenn es Kauf, mit der actio praescriptis verbis, wenn es Tausch ist [26].

[26]) *L. 4. C. de evict.* Si praedium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet. L. 24. pr. D. de pign. act.

3) Gewährsleistung wegen Servituten.

Mit der Gewährsleistung bezieht es sich nicht bloß auf körperliche Sachen, sondern auch auf unkörperliche Gerechtsame, namentlich auf Servituten. Verkauft also Jemand einem Andern z. B. das Recht, über ein fremdes Grundstück zu gehen, als gehöre es ihm oder sey er befugt, es zu verleihen, so ist er verpflichtet, die Gewähr dafür zu leisten, und eben so, wenn er eine Gerechtigkeit an einem gemeinschaftlichen Grundstück, als sey es sein ausschließlich eigenes, verkauft [1]).

Wenn aber die Gerechtigkeit nicht selbst den Gegenstand des Handels ausmacht, sondern ein Grundstück verkauft ist, dem eine Gerechtigkeit als ein Recht anhängt

---

[1]) *D. L.* 10. *de evict.* Si quis per fundum, quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus ejus esset, jus eundi, agendi mihi vendiderit, et cesserit, tenebitur mihi evictionis nomine, caeteris non cedentibus. *L.* 46. §. 1. *D eod.* Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ais. Etenim quo casu, si per proprium constituentis fundum concessa esset via, recte constitueretur, eo casu, si per alienum cederetur, evictionis obligationem contrahi.

sie also nur nebenher in Betrachtung kömmt; so versteht es sich, daß der Verkäufer für Gerechtigkeiten, die dem verkauften Grundstück zustehen, nicht anders die Gewähr zu leisten verbunden ist, als wenn er dergleichen ausdrücklich mit verkauft hat [2]).

Es können aber Anderen Gerechtigkeiten zustehen, die als Lasten auf dem Grundstücke haften. In Ansehung deren leidet es keinen Zweifel, daß der Verkäufer dafür verantwortlich sey, wenn die verkaufte Sache mit persönlichen Servituten behaftet ist. Wenigstens vom Nießbrauch lehrt das römische Recht dieß ausdrücklich. Wird dem Käufer der usus fructus gerichtlich abgestritten, wird nämlich einem Dritten an dem verkauften Grundstück ein Nießbrauch zuerkannt, so daß der Käufer den Fruchtgenuß entbehren muß, so muß der Verkäufer die Gewähr dafür leisten [3]).

---

[2]) *L.* 6. §. 6. *D. de act. emt.* Sed si fundum tibi vendidero et *ei fundo iter accessurum dixero*, omnimodo tenebor itineris nomine, quia ut usque rei quasi unus venditor obligatus sum. *L.* 75. *D. de evict.* Quod ad servitutes praediorum attinet si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse; nec enim evictionis nomine quenquam in eo jure, quod, tacite soleat accedere, nisi ut *maximusque optimus esset*, traditus fuerit fundus, tunc enim liberum ab omni servitute praestandum; si vero emtor petat viam, vel actum, venditorem teneri non posse nisi nominatim dixerit, accessurum item vel actum, tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Et vera est Quinti Mucii sententia, ut qui *optimum maximumque fundum* tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes nisi hoc specialiter ab eo accessum sit.

[3]) *L.* 66. *pr. D. de contrah. emt.* In vendendo fundo quaedam etiam si non condicantur, praestanda sunt: veluti *ne fundus evincatur, aut usus fructus ejus:* quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam, iter, actum, aquaeductum praestatum iri. Idem

Ob aber ein Verkäufer auch dafür einstehen müsse, daß jenes Grundstück von dinglichen Servituten frei sey, darüber weichen die Rechtsgelehrten in ihren Meinungen von einander ab. Es gibt Rechtsgelehrte, welche lehren, der Verkäufer habe nicht nöthig, den neuen Erwerber wegen dinglicher Servituten, womit das Grundstück behaftet ist, zu entschädigen [4]). Das Gegentheil ist die gewöhnliche Meinung.

Ueber diesen Punkt führt das römische Recht, oder scheint wenigstens zu führen, an verschiedenen Orten eine verschiedene Sprache; daher es denn kein Wunder ist, daß auch unter den Rechtsgelehrten hierüber Zwiespalt herrscht.

So viel ist zuvörderst nicht zu bezweifeln, daß der Verkäufer verantwortlich ist:

1. wenn er das Grundstück frei von allen Lasten oder, mit dem Ausdruck des römischen Rechts, *fundum ut optimum maximum* verkauft hat [5]);

2. wenn er — was gerade der gewöhnliche Fall seyn wird — von dem Daseyn der Gerechtigkeit unterrichtet, den Käu=

---

et in servitutibus, praediorum urbanorum. S. auch L. 39. §. 5. D. de evict. L. 49. D. eod. L. 62. §. 2. D. eod.

[4]) Dahin gehören z. B. *Huber* praelect. ad Pand. lib. 21. tit. 2. §. 7. *Voet* ad Dig. tit. de evict. §. 16.

[5]) Dasselbe muß freilich auch gelten, wenn er gerade von dieser dem Erwerber abgestrittenen Gerechtigkeit versichert hätte, sie sey nicht vorhanden oder (in den Thatsachen) nicht rechtlich begründet. Von einem Fall dieser Art scheint *L. 35. D. de act. emt.* zu reden, welche Stelle also lautet: Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi jus non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit, ex emto habebit actionem. Licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis in rem actione pronunciatum: tamen dicendum est, ex emto actionem competere.

Käufer nicht davon in Kenntniß gesetzt, ihn folglich hintergangen hat [6]). Selbst die allgemeine Erklärung des Veräusserers, daß Servituten, wenn welche auf dem veräusserten Grundstück haften, fortdauern sollen — servitutes, si quae debentur, debebuntur — befreit ihn nicht von der Verbindlichkeit, den Käufer zu entschädigen, wenn er von den einzelnen Servituten, von deren Daseyn er unterrichtet war, den Käufer nicht in Kenntniß gesetzt hat [7]). Und in der That hat der Veräusserer auch in diesem Fall den Erwerber hintergangen [8]); ja die Unredlichkeit

[6]) L. 69. §. 5. D. de evict. L. 1. §. 1. D. de act. emt. et vend.

[7]) *L. 39. D. de act. emt.* Quaero, si quis ita fundum vendiderit, *uti venundatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit,* sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emtorem, an ex emto judicio teneatur, cum haec generalis adjectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non debeat: ne alioquin emtor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel emturus non esset, vel minoris emturus esset, si certioratus de loco certo fuisset, cum hoc et apud veteres sit relatum in ejus persona, qui sic exceperat: *servitutes, si quae debentur, debebuntur;* etenim juris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam personis certas servitutes debere, non admonuisset emtorem, ex emto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit quaeque specialiter excipere potuit et debuit, sed ad ea, quae ignoraverit, et de quibus emtorem certiorare nequivit? Herennius Modestinus respondit: si quid circumveniendi emtoris causa venditor in specie, de qua quaeritur, fecit, ex emto actione conveniri posse.

[8]) *L. 69. §. 5. D. de evict.* Sed et si quis in venditione *statuliberum* perfusorie dixerit, conditionem autem libertatis celaverit, emti judicio tenebitur, si id nescierit emtor. Hic enim exprimitur eum, qui dixerit statuliberum et nullam conditionem pronuntiaverit, evictionis quidem nomine non teneri, si conditione impleta servus ad libertatem per-

desselben tritt hier noch stärker hervor, wie in anderen Fällen [9]).

In Fällen der angeführten Art muß der Veräusserer den Erwerber vollständig entschädigen, wenn ein Dritter den letzteren vor Gericht besiegt und die Gerechtigkeit gegen ihn sich erstritten hat.

Aber, wenn der Veräusserer selbst nicht wußte, daß eine Gerechtigkeit dieser Art auf dem Grundstück hafte, was er z. B. vor Kurzem ererbt hatte, dann fällt wenigstens diese Pflicht hinweg.

Daß hier ein Unterschied sey zwischen persönlichen und dinglichen Servituten, ist nicht zu verkennen. Während die Gesetze vom Verkäufer ausdrücklich lehren, er müsse dafür haften, wenn an dem verkauftem Grundstück einem Dritten ein ususfructus zusteht, sagen sie eben so bestimmt, wegen dinglicher Gerechtigkeiten sey er nicht verantwortlich; der Käufer müsse das Grundstück nehmen, wie es ist [10]).

---

venerit, emti judicio teneri, si modo conditionem, quam sciebat propositam esse, celavit; sicuti qui fundum tradit et, cum sciat certam servitutem deberi, perfusorie dixerit, *itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur*, evictionis quidem nomine se liberat, sed, quia decepit emtorem, emti judicio tenetur.

[9]) Das römische Recht sieht das Verschweigen von Servituten für dolus an; in den gewöhnlichen Fällen könnte es indessen auch Sorglosigkeit u. s. w. seyn.

[10]) *L.* 59. *D. de. contrah. emt.* Cum venderes fundum, non dixisti, *ita ut optimus maximusque*, verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere: idem et in urbanis praediis dicendum. *L.* 75. *D. de evict.* Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse; nec enim evictionis nomine quenquam teneri in eo jure, quod

Den Grund des hier zwischen dem usus fructus und dinglichen Servituten zu machenden Unterschiedes hat man darin finden wollen, daß der usus fructus gewissermaßen als ein Theil der Sache angesehen worden, die Freiheit von dinglichen Servituten aber nicht, so daß, wenn letztere dem Erwerber abgestritten worden, keine evictio partis Statt gefunden habe, wohl aber, wenn ersterer [11]). Es ist dieß auch nicht gerade unrichtig, bedarf aber doch einer näheren Auseinandersetzung.

Der usus fructus, wovon hier die Rede ist, der einem Anderen zusteht, ist zuvörderst kein vom Eigenthum getrennter Theil, keine pars *dominii*, sondern ein für sich bestehendes neu entstandenes Recht, eine *servitus* [12]). Der eigentliche Grund, weshalb für den usus fructus die Gewähr geleistet werden muß, besteht darin, daß die Früchte, als das Object des Rechts, einen Theil des Grundstücks ausmachen, und indem dem Erwerber der usus fructus abgesprochen und entzogen ist, oder vielmehr, da ihm nichts ab-

---

tacite soleat accedere, nisi *ut optimus maximusque esset*, traditus fuerit fundus, tunc enim liberum ab omni servitute praestandum; si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Et vera est Quinti Mucii sententia, ut, qui *optimum maximumque fundum* tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit.

[11]) Westphal vom Kauf §. 233.

[12]) *L. 25. D. de verb. sign.* Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitus sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Julianus; et est verius.

gesprochen oder entzogen werden kann, was er nicht hat, dem Kläger der ususfructus zuerkannt ist, sind ihm dadurch die Früchte und ist ihm durch sie ein Theil der Sache abgesprochen und entzogen. Es ist eben so viel, ob Jemanden der *ususfructus* oder ob ihm die Früchte des Grundstücks abgesprochen sind; insoweit kann man sagen, daß der ususfructus als ein Theil des Grundstücks (nicht des Eigenthums) anzusehen sey [13]). Daß der eigentliche Grund, weshalb, wenn der ususfructus dem Erwerber abgestritten wird, Gewährsleistung von ihm gefordert werden kann, darin bestehe, daß mit dem ususfructus die Früchte abgesprochen sind und diese einen Theil der Sache ausmachen, erhellet besonders aus folgender Stelle:

L. 49. D. de evict.

Si ab emtore ususfructus petatur: proinde is venditori denunciare debet, *atque is, a quo pars petitur.*

Hingegen dingliche Servituten machen keinen Theil des Grundstücks aus, sondern sie sind anzusehen als (schlechte) Eigenschaften des Grundstücks, was damit belastet ist, gleichwie die ihnen entgegenstehenden Rechte (gute) Eigenschaften des Grundstücks sind, dem sie zustehen [14]).

---

[13]) *L. 76. §. 2. D. de legatis II.* Dominus, herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit: voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. diversum in caeteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

[14]) L. 5. §. 9. D. de novi operis nunc. L. 86. D. de verb. sign. Ungeachtet der Verschiedenheit beider Geschäfte befolgt doch das römische Recht bei Vermächtnissen dieselben Grundsätze, wie

Es gibt nun aber wiederum andere Stellen im römischen Recht, woraus erhellet, daß auch dann, wenn die Sache mit Servituten behaftet ist, deren Daseyn dem Verkäufer selbst unbekannt war, zwar nicht id, quod interest, gefordert werden könne, der Käufer aber doch nicht ganz hülflos sey. Er kann noch immer begehren und zwar vermöge des Aedilitischen Edicts und mit der actio quanti

---

beim Kauf. Auch der Vermächtnißnehmer muß, — was freilich hier kein Wunder ist, da er nichts zu fordern hat, — die vermachte Sache nehmen, wie sie ist; qualis est, talis dari debet. L. 45. §. 2. D. de leg. I. L. 56. D. eod. Er müßte sie daher auch mit den Lasten nehmen, die auf ihr haften. Dieß leidet aber hier manche Einschränkungen. In Hinsicht auf Pfandrecht s. L. 57. D. de leg. I., in Hinsicht auf öffentliche Abgaben L. 39. §. 5. D. de legat. I. In Hinsicht auf Servituten unterscheidet das römische Recht gerade, wie beim Kauf, auch hier den ususfructus von dinglichen Servituten. Ist die Sache mit einem ususfructus behaftet, so hört dieser auf oder der Erbe muß das Grundstück frei davon machen, je nachdem er dem Erben selber oder einem Fremden zusteht. *L.* 76. §. 2. *D. de leg. II.* (s. Note 13.) *L.* 66. §. 6. *D. de leg. II.* Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; ususfructus enim, etsi in jure, non in parte, consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur: verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de caeteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit Statt *propter* wollen Manche *praeter* lesen, welches Westphal verwirft. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen Theil I. §. 815. Was dingliche Servituten betrifft, so bleibt es bei der Regel, die hier auch am rechten Ort ist, qualis res, talis praestari debet. *L.* 69. §. 3. *D. de leg. I.* Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quod si ita legatus sit, *uti optimus maximusque*, liber praestandus est.

minoris, daß das Kaufgeld um so viel gekürzt werde, als die Sache der darauf haftenden Gerechtigkeit wegen weniger werth ist. (Nur muß der Käufer vom Daseyn der Gerechtigkeit nicht unterrichtet gewesen seyn [15]). Diese Vereinigung mit den vorher angeführten Stellen hat schon die Glosse zu L. 75. D. de evict. [16]). In der That ist Beides sehr wohl mit einander vereinbarlich, keine Gewährsleistung fordern und doch begehren können, daß das Kaufgeld vermindert werde. Jene Stellen, die dem Käufer entgegen zu stehen scheinen — L. 59. D. de contrah. emt. und L. 75. D. de evict. — sagen immer nichts weiter, als daß der Käufer (vermöge der Natur des Contracts und abgesehen von Versprechen und *dolus*) nicht fordern könne, daß das Grundstück von der Last dinglicher Servituten frei sey, — was auch der Natur der Sache gemäß ist, — daß er derentwegen keine Gewährsleistung fordern könne, der Verkäufer der Entwährung wegen nicht verhaftet sey, — venditorem *ob evictionem* teneri non posse; *evictionis* nomine eum non teneri, — sie stehen also mit jenen anderen, wonach er begehren kann, daß das Kaufgeld vermindert wird, durchaus in keinem Widerspruch.

[15]) §. 1. *D. de evict.* Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. *L.* 61. *D. de aed. ed.* Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si scisset hanc servitutem impositam.

[16]) imgl. *Cujac.* obs. lib. 2. obs. 20. *Schulting* thes. controv. decas 87. thes. 6. *Callet* ad tit. C. de evict. (Thes. Meermann. tom. 2. p. 337.) Westphal vom Kauf §. 233. Aehnliche Unterscheidungen, wie bei dinglichen Servituten, gelten bei öffentlichen Abgaben, die auf dem verkauften Grundstück haften. L. 21. §. 1. D. de act. emt. L. 41. eod. L. 9. C. eod. Westphal a. a. O. §. 234. 235.

4) Gewährsleistung beim Pachtcontract.

Zu den Geschäften, bei welchen Gewährsleistung gefordert werden kann, pflegt auch der Pacht- und Miethcontract, — die locatio conductio rerum, — gerechnet zu werden. Allein, an und für sich gehört er nicht dazu. Der Pächter oder Miethsmann kann keine Eviction erleiden, da es ihm nicht zusteht, über die Sache selbst und die Ansprüche, die Andere darauf machen, zu streiten; Eviction erleiden kann aber sein Verpächter oder Vermiether, und wenn der Erstere nun in Folge dessen den Gebrauch der Sache entbehren muß, überhaupt, wenn ihm der Gebrauch nicht zu Theil oder wieder entzogen wird, weil die Sache einem Anderen gehört oder verhaftet ist, so kann er ohne Zweifel auf den Verpächter oder Vermiether zurückgehen. Wiewohl nun die Grundsätze, die von der eigentlichen Gewährsleistung gelten, auf den Pacht- oder Miethcontract nicht geradezu anwendbar sind, so müssen doch von dem ähnlichen Geschäft im Wesentlichen ähnliche Grundsätze gelten.

Der Verpächter oder Vermiether, der dem Pächter oder Miether den Gebrauch der Sache überlassen hat, muß dafür haften, daß ihm dieser Gebrauch die bedungene Zeit über zu

Theil wird [1]). Wird ihm dieser Gebrauch nicht zu Theil oder nicht länger, weil ein Anderer die Sache in Ansprache genommen hat und sie dem Verpächter abgestritten ist, so müssen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen, welche überhaupt gelten, wenn der Pächter oder Miethsmann am Gebrauch der Sache gehindert wird. Ward er durch die Schuld des Verpächters oder Vermiethers an dem Gebrauch gehindert, so ist dieser verbunden, ihm id, quod interest zu vergüten; geschah es aber durch einen Unglücksfall, so hat er nicht nöthig, das Pacht- oder Miethsgeld zu erlegen, und zwar entweder überall nicht oder pro rata nicht, je nachdem ihm der Gebrauch ganz oder zum Theil entzogen ward.

Die Rechtsgelehrten pflegen hier auch diesen Unterschied zu machen, sie rechnen es aber zu den Unglücksfällen, wenn der Pächter durch Handlungen eines Dritten, den der Verpächter nicht daran hindern kann, den Gebrauch der Sache entbehren muß, und das glaube ich ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Die Fälle der Eviction werden vielmehr in die erste Classe gehören.

War die verpachtete oder vermiethete Sache res aliena, der Eigenthümer nimmt sie in Ansprache und sie wird dem Pächter, welcher darüber unwissend war, daß sie einem Anderen gehöre, entzogen, so daß er also den Gebrauch der Sache nicht haben kann; so ist der Verpächter verbunden, ihm id, quod interest zu vergüten, er mag gewußt haben, daß die Sache einem Anderen gehöre oder nicht.

Dieser Unterschied wird beim Kauf nicht in Betrachtung gezogen und kann also auch hier es nicht werden. Der Ver-

---

[1]) L. 9. pr. D. Locati.

käufer, der die Sache als die seinige verkauft und sie dem Käufer überlassen hat, muß bewirken, daß er sie haben und behalten darf, daß Niemand sie ihm mit Recht nehmen kann, und ihn entschädigen, wenn sie via juris einem Anderen zugesprochen wird. Daß er von den Ansprüchen des Anderen selbst nicht unterrichtet war, entschuldigt ihn nicht. Was geht seine Unwissenheit den Käufer an? Indem der Verkäufer die Sache verkaufte, gab er sie für die seinige und sich für zum Verkauf berechtigt aus; er muß hiefür einstehen, — wobei es ihm freisteht, gegen seinen Auctor seinen Regreß zu nehmen. Daß den Käufer gegen das Verlangen der Gewährsleistung Unwissenheit nicht schützen könne, die ihn ja auch gegen die Gewähr der Mängel nicht schützt, dieß lehrt das römische Recht sogar ausdrücklich [2]).

Gleich dem Verkäufer, ist nun auch der Verpächter verbunden, es zu bewirken, daß dem Pächter das, was er ihm überlassen hat, der Gebrauch, zu Theil wird, und, wenn dieß nicht geschieht, ihn dafür zu entschädigen. Ob er von den Ansprüchen des Anderen unterrichtet war oder nicht, kömmt nicht in Betrachtung. Er hat ihm den Gebrauch der Sache zu verschaffen, ohne Einschränkung und Vorbehalt versprochen und muß zusehen, wie er sein Versprechen erfülle. Die hierher gehörigen Stellen des römischen Rechts lehren dieß deutlich genug. Sie geben dem Pächter eine

---

[2]) Wie deutlich ist nicht folgende Stelle: *L.* 39. §. 3. *D. de evict.* Pater sciens filium suum, quem in potestate habebat, ignoranti emptori vendidit: quaesitum est, an evictionis nomine teneatur? Respondit: qui liberum hominem sciens, vel ignorans, tanquam servum, vendat, evictionis nomine tenetur. Quare etiam pater, si filium suum tanquam servum vendiderit, evictionis nomine obligatur.

Klage auf Einräumung der Sache zum Fruchtgenuß und eine Ansprache auf id, quod interest, wenn eine fremde Sache verpachtet ward und der Pächter, vom Eigenthümer daran gehindert, den Fruchtgenuß entbehren muß [3]). Sie unterscheiden dabei nicht, ob der Verpächter gewußt hat, daß die Sache res aliena sey oder nicht; sie geben sogar ausdrücklich gegen denjenigen eine Klage auf Leistung des versprochenen Fruchtgenusses, der das Grundstück bona fide erkauft und es dann verpachtet hatte [4]).

---

[3]) *L.* 15. §. 1. *D. Locati.* Competit (sc. actio) autem ex his causis fere: ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat: forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur: aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges ejus stare oporteat, vel, si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. *L.* 15. §. 8. *D. eod.* Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset, vel cum alius alienum, vel quasi procurator, vel quasi suum, quod interest, praestabitur, et ita Proculus in procuratore respondit. *L.* 7. *D. eod.* Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto, sexaginta consequi debere placet: quia ipse Titio tenearis in sexaginta. *L.* 8. *D. eod.* Nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione, tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit: quoniam emolumentum conductionis, ad comparationem uberioris mercedis computatum, majorem efficit condemnationem. Et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset. Quo jure utimur.

[4]) *L.* 9. *pr D. Locati.* Si quis domum bona fide emptam, vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, *ut ei praestetur*,

Von eigentlichen Fällen der **Eviction**, die von Ansprüchen herrühren, welche Andere auf die verpachtete Sache hatten, gelten keine andern Grundsätze als diese. Ihre Richtigkeit wird durch die Grundsätze, die vom Kaufcontract gelten, bestätigt, und diese leisten wiederum für jene die Gewähr. Wohl aber giebt es **für andere Fälle andere Regeln**. Nämlich wenn der Pächter durch ein Ereigniß nach der Verpachtung, was als ein Unglücksfall anzusehen ist und der Verpächter nicht verhindern kann, z. B. durch Einsturz des Bodens oder durch eine nothwendige Ausbesserung des vermietheten Gebäudes, an dem Gebrauch gehindert wird, dann kann der Pächter nichts weiter begehren, als daß ihm für die Zeit, während welcher er am Gebrauch gehindert ist, die Pachtvergeltung erlassen wird [5]).

---

frui quod conduxit libere. Plane si dominus non patitur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

[5]) *L.* 33. *D. Locati.* Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus sc. temporis, quo fruitus non fuerim; nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui: in quo etiam lucrum ejus continebitur. Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu probibere propter vim majorem, aut poten-

Von Servituten gelten nun beim Pachtcontract dieselben Grundsätze, wie beim Kaufcontract. Es wird also darauf ankommen, ob Gerechtigkeiten des Grundstücks fehlen, die der Pächter erwartet hatte. In Ansehung deren ist der Verpächter verantwortlich, wenn er dergleichen ausdrücklich mit verpachtet hat. Ferner, wenn Gerechtigkeiten auf dem Grundstück lasten, deren der Verpächter nicht erwähnt hat, ob er sie gekannt und verschwiegen und den Pächter hintergangen hat oder nicht; im erstern Fall ist er de dolo zur Entschädigung verpflichtet. Haften endlich Servituten auf dem verpachteten Grundstück, die der Verpächter nicht verschwiegen, sondern, weil er sie selbst nicht kannte, sie nur nicht angezeigt hat, so wird auch hier der Grundsatz gelten müssen, der beim Kauf gilt: *qualis est, talis res dari debet.* Entschädigung wird der Pächter nicht fordern können, weil der einzige Grund, der ihn dazu berechtigen könnte, dolus,

---

tiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis. *L.* 34. *D. eod.* Perinde ac latronum incursu id acciderit. *L.* 35. *pr. D. eod.* Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario, necne, id opus demolitus est. Quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus, quem prohibere non possit? Intelligendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat. Durch die Schlußworte der letzten Stelle muß man sich nicht irre machen lassen. Man sehe Westphal vom Kauf §. 962.

nicht vorhanden ist, wohl aber wird er auf eine Verminderung der Pachtvergeltung Ansprache haben; nämlich, so viel die Sache der Gerechtigkeit wegen weniger einträgt, um so viel weniger wird er an Pachtvergeltung zu erlegen nöthig haben. Er soll die Pachtvergeltung für den Gebrauch erlegen, und wenn ihm nun dieser Gebrauch, sey es ganz oder zum Theil, entzogen wird, was ist wohl natürlicher, als daß er auch die Pachtvergeltung ganz oder zum Theil einbehalten kann.

V.

Abhandlungen aus dem Pfandrecht.

Fortsetzung.

(Im April 1836.)

Jus offerendi des vorgehenden Gläubigers, ob es ein solches gibt?

Wenn ich mich mit dieser Frage — höchst ungern — beschäftige, so kann ich es bloß dadurch vor mir selbst entschuldigen, daß es in der Absicht geschieht, theils, mich zu rechtfertigen, warum ich im Pfandrecht darüber geschwiegen, theils die Rechtsgelehrten von der Beschäftigung mit unnützen Dingen zurückzuhalten, wozu sie ohnehin nur zu geneigt sind. Man sieht es ja täglich, wie sie befangen in ihrer juristischen Schulweisheit, die richtige Schätzung der Dinge verlieren; sie gewöhnen sich, die Gegenstände ihrer Thätigkeit, wie sich selbst, zu überschätzen, und behandeln blosse Armseligkeiten mit einer Wichtigkeit, als hinge das Heil der Welt daran. Und dann ist es noch nicht Elends genug, daß Einer oder Zwei darüber schreiben; nein Zehn, Zwanzig müssen ihre Stimme darüber vernehmen lassen. Die Wissenschaft würde auf einer viel grösseren Höhe stehen, wenn die Rechtsgelehrten sich von jeher besser darauf verstanden hätten, das Wissenswerthe von dem Unwürdigen zu unterscheiden.

Von einem jure offerendi des ersten Gläubigers gegen den zweiten habe ich aus demselben Grunde geschwiegen,

weshalb Justinians Gesetzsammlung darüber schweigt, nämlich, weil die Ausübung eines solchen Rechts eine sinnlose Handlung seyn würde, da ja schon der blosse Gebrauch seines vorgehenden Pfandrechts dem ersten Gläubiger mehr gewährt, als ihm das jus offerendi je gewähren könnte. Man muß sich daher billig wundern, wie so kluge und scharfsinnige Männer, als wofür die Glossographen gehalten werden, die Frage nicht nur aufwerfen, sondern sogar **bejahen** konnten. Die Glosse bemerkt, wenn der erste Gläubiger im Besitz des Pfandes sey, dann könne er ein jus offerendi ausüben gegen den zweiten Gläubiger, um sich im Besitz zu erhalten; jeder fremde Besitzer könne das ja auch nach einem Ausspruch des **Paulus** — L. 12. §. 1. D. Quibus modis pignus —[1]). Er könne freilich nicht gezwungen werden, ein solches Recht auszuüben, aber, wenn er wolle, könne er davon Gebrauch machen[2]). Dieß Letztere folgt nun freilich schon aus der Natur eines jeden Rechts, und wenn dem vorgehenden Pfandgläubiger wirklich ein Recht der angeführten Art zustände, so würde die daraus gezogene Folgerung nicht zu bezweifeln seyn.

Obwohl nun aus dem, was ich nur so eben angeführt habe, deutlich zu ersehen, daß die Glosse dem ersten Gläubiger gegen den zweiten ein jus offerendi nur **auf eine beschränkte Art** beilegt, nämlich, **wenn jener im Besitz des Pfandes sich befindet**, so hat es doch nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche, gestützt auf eine Stelle des **Paulus** in den receptis sententiis — zum Unglück mußte

---

[1]) Glossa ad L. 1. C. Qui pot. in pign.

[2]) Compelli non potest, si tamen vult, potest. Glossa ad L. 5. C. Qui pot. in pign.

Paulus diese Saite berührt haben — es ihm ohne Einschränkung beigelegt haben [3]).

Das blosse Schweigen des römischen Rechts wäre allein hinlänglich gewesen, die Rechtsgelehrten gegen die Richtigkeit dieser Lehre mißtrauisch zu machen. Denn, stünde dem vorgehenden Gläubiger ein solches Recht wirklich zu, warum wohl schwiege darüber das römische Recht? Ja, dieß Schweigen ist hier so gut, als ausdrückliches Absprechen. Denn eine besondere Rechtswohlthat, wie das jus offerendi, mußte demjenigen besonders beigelegt werden, der sich ihrer erfreuen sollte. Ueberall ist aber bloß von einem creditor *secundus*, *tertius* u. s. w. die Rede, der gegen den creditor *prior* vom jure offerendi Gebrauch macht, um Schaden von sich abzuwenden, nämlich um zu verhüten, daß sein Pfandrecht nicht während er unbefriedigt ist, durch Handlungen seines Vorgängers verloren gehe, was nur ihm begegnen kann. Dem nachstehenden Pfandgläubiger ist diese Rechtswohlthat Bedürfniß, während der vorgehende ihrer nicht bedarf. Wie wäre wohl das römische Recht dazu gekommen, eine Rechtswohlthat auf ihn auszudehnen, die ihm so offenbar unnütz ist? —

Das offerre, wovon Paulus spricht, ist etwas ganz Anderes, als der Gebrauch des juris offerendi. Der Ausdruck *offerre* hat lange nicht immer die Bedeutung, ein *jus offerendi* ausüben. *Offerre* bedeutet an sich nichts weiter, als die Zahlung anbieten, und nur, wenn es von ei-

---

[3]) Namentlich *Cujacius* ad *Pauli* sentent. recept. lib. 2. tit. 13. §. 8. (*Schulting* Jurisprud. vetus Antejustin p. 286. not. 38.) *Leyser* spec. 231. med. 9. Westphal im Pfandrecht §. 176. Note 194.

nem nachstehenden Gläubiger im Verhältniß gegen den vorgehenden gebraucht wird, verändert und vergrössert der Zusammenhang die Bedeutung des Worts; es ist sehr natürlich, daß der Kürze wegen die Wirkung nicht hinzugefügt wird, welche die Handlung von Rechtswegen hervorbringt. Daß *offerre* im Pfandrecht dem jus offerendi nicht ausschließlich angehört, davon wird man sich auf der Stelle überzeugen, wenn man sieht, daß der Ausdruck sogar vom Schuldner gebraucht wird, wenn er das Pfand einlös't[4]). Hätten die Glossographen die verschiedenen Bedeutungen von *offerre* gehörig unterschieden, so wäre die Rechtswissenschaft um eine Streitfrage ärmer geblieben, aber um eine, die ihr keine gar große Ehre macht. Hier bei Paulus bedeutet, wie ich schon früher bemerkt habe, *offerre* nichts weiter, als den Gläubiger befriedigen und sich dadurch von der hypothekarischen Klage frei machen.

Dieß Recht, was jedem anderen Besitzer zusteht, kann dem vorgehenden Gläubiger immerhin beigelegt werden, ohne daß deshalb die aufgeworfene Frage zu bejahen wäre. Es sind zwar beide Fälle einander nicht völlig gleich; denn der belangte dritte Besitzer soll die Sache herausgeben, ohne befriedigt zu werden; hier aber will ein nachstehender Gläubiger den besitzenden und vorgehenden befriedigen und dieser verschmäht die Befriedigung. Er spricht: Du kommst, mich zu befriedigen, behalte dein Geld; ich will dich befriedigen. Indessen, wenn er nur befriedigt wird, was kann der nachstehende Gläubiger weiter fordern?

Der vorgehende Gläubiger darf also den nachstehenden befriedigen, — das Recht, zu zahlen, was ein Anderer schul-

---

4) L. 6. D. de distract. pign. L. 7. §. 12. D. Com. div.

dig ist, steht ja überhaupt einem jeden zu [5]), — dadurch das Pfandrecht aufheben und sich im Besitz erhalten. Auf solche Art verhindert er aber bloß einen Anderen, ein *jus offerendi* auszuüben, übt aber damit noch nicht selbst ein *jus offerendi* aus, nämlich ein jus offerendi im echten Sinne des Worts, ein Recht, wodurch man in die Stelle eines anderen und zwar eines vorhergehenden Gläubigers tritt. Das wahre jus offerendi setzt schlechterdings voraus, daß ein folgender Gläubiger es gegen einen vorhergehenden ausübt. Ein umgekehrtes Recht des vorgehenden, in die Stelle eines nachfolgenden einzurücken, giebt es nicht und kann es vernünftiger Weise nicht geben. Kann wohl Jemanden daran gelegen seyn, von einem vorzüglicheren Platz an einen minder vorzüglichen zu gelangen? Wer das jus offerendi ausübt, will seine Lage verbessern; er will vorwärts gehen, nicht rückwärts. Hätten die Rechtsgelehrten sich Rechenschaft darüber gegeben, was es denn eigentlich sey, was sie wissen wollten; hätten sie die Frage so gestellt: kann wohl einer, der voran steht, in die Stelle eines Anderen, der hinter ihm steht, einrücken wollen? so würden sie die Frage nicht der Untersuchung werth und nicht der Beantwortung gefunden haben.

Die Stelle des Paulus in receptis sententiis beweist nicht das Geringste; denn, nicht zu gedenken, daß sie uns bloß mit der in Justinians Gesetzsammlung nicht aufgenommenen Meinung eines Rechtsgelehrten bekannt macht, lehrt Paulus auch weiter nichts, als daß der vorgehende Gläubiger, obgleich er es nicht nöthig habe, den nachfolgenden abfinden könne, wie dieser ihn; hingegen, daß Beides die-

[5]) L. 23. et 53. D. de solut.

selben Wirkungen hervorbringen sollte, was nach der verschiedenen Stellung beider Gläubiger nicht einmal möglich ist, das lehrt er nicht; ja gerade bei dem vorgehenden Gläubiger läßt er es bei der blossen Abfindung bewenden und hütet sich wohl, etwas hinzuzusetzen [6]).

Will man aber bloß wissen, ob wohl dem vorgehenden Pfandgläubiger, wenn er den folgenden abfindet, die verpfändete Sache auch für die Forderung des zweiten Gläubigers zum Pfande diene, so ist das eine ganz andere Frage, als die aufgeworfene. Dann ist es dem Gläubiger nicht darum zu thun, einen anderen Gläubiger, damit sein Pfandrecht erhalten bleibe, zu entfernen, sondern das Pfandrecht des Abgefundenen zusammt der Forderung zu erwerben. Wer aber das jus offerendi ausübt, hat nicht sowohl die Absicht, dem vorgehenden nachzufolgen, als vielmehr ihn unschädlich zu machen. Die Nachfolge ist die Wirkung, nicht der Zweck, seiner Handlung. Die Antwort auf die letztere Frage selbst muß wiederum verneinend ausfallen. Hier ist kein Unterschied zwischen einem Pfandgläubiger und einem Fremden. Auch dem vorgehenden Pfandgläubiger steht die Regel entgegen, welche L. 1. pr. D. Quibus modis pignus an die Hand gibt; ein Successionsrecht hätte ihm ausdrücklich beigelegt werden müssen, wenn er es haben sollte, welches aber nicht geschehen ist. Es war gar kein Grund vorhanden, in dieser Hinsicht für den zu sorgen, der durch sein vorzüglicheres Pfandrecht gegen jeden Anderen im Vortheil

---

[6]) *Paul.* rec. sent. lib. 2. tit. 3. §. 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.

stand. Er würde zwar, was er für den Schuldner verlegt hat, wieder fordern können, insofern er nicht wider den Willen des Schuldners Zahlung leistete, das Pfandrecht aber würde auf ihn so wenig, wie die Forderung, übergehen; vielmehr würde die alte Forderung zusammt dem Pfandrecht erlöschen und eine neue ohne Pfandrecht bei ihm ihren Anfang nehmen. Er hätte dann für den Schuldner gezahlt und ein fremdes Geschäft verwaltet, während der Gläubiger, der vom jure offerendi Gebrauch macht, sein eigenes besorgt, nicht den Schuldner, noch das Pfand, frei machen, sondern ihn zum Schuldner, das Pfand zum Pfande haben will, und weil er in die Stelle des Abgefundenen — ipso jure — tritt, das Bezahlte vom Schuldner an dessen Statt wiederfordern kann, auch wenn er wider den Willen des Schuldners Zahlung geleistet hat, als worauf es beim jus offerendi nicht ankömmt [7]).

Nur das Recht konnte dem vorgehenden Pfandgläubiger, der im Besitz des Pfandes den nachstehenden befriedigt, eingeräumt werden, was jedem anderen Besitzer zusteht, der auf rechtmäßige Art zum Besitz des Pfandes gelangt ist, nämlich gegen Zahlung dessen, was der Gläubiger zu fordern hat, die Abtretung seiner Rechte gegen den Schuldner fordern zu können [8]). — Mit diesem Recht bezieht es sich hauptsächlich auf das Verhältniß des Besitzers zum Schuldner, während es sich mit dem jus offerendi auf das Verhältniß der Pfandgläubiger unter einander bezieht. — Allein selbst dieß ist in diesem besonderen Fall wenigstens nicht über allen

---

[7]) L. 12. §. 6. D. Qui pot. in pign.

[8]) L. 12. §. 1. D. Quibus modis pignus. L. 19. D. Qui pot. in pign.

Zweifel erhaben. Denn, was derjenige fordern darf, dem gewisse Rechte auf die Sache eingeräumt sind, die mit Untergang bedroht werden, zu deren Erhaltung ihm das Gesetz behülflich seyn will, indem es ihm ein Mittel an die Hand giebt, den Gläubiger zu befriedigen und sich aus dem Recht des Abgefundenen seines Schadens an dem Schuldner zu erholen, kann das auch der Gläubiger fordern, der nur die angebotene Befriedigung annehmen darf und dann kein Interesse weiter hat, sich das Pfandrecht und den Besitz zu erhalten? Bloß, wenn ihm etwa wegen anderer Forderungen, derentwegen ihm kein Pfandrecht zusteht, daran gelegen wäre, im Besitz zu bleiben, in diesem besonderen Fall ließe es sich vielleicht vertheidigen, wenn man ihm das Recht beilegte, durch Cession in die Stelle des Abgefundenen zu treten. Allein, ein solches Recht würde ihm doch immer nicht als einem *vorgehenden Gläubiger*, sondern als einem *rechtmäßigen Besitzer* zustehen und er es mit jedem *anderen Besitzer gemein haben*. Und daher muß die aufgeworfene Frage, ob dem *vorgehenden Gläubiger* ein jus offerendi gegen den nachfolgenden zustehe, schlechterdings und unter allen Umständen und *ganz entschieden* mit Nein beantwortet werden.

VI.

Ueber das delictum culposum.

(Im Winter 1834—35.)

Vorrede.

Nicht die ganze Lehre von der culpa will ich hier abhandeln, sondern nur einen kleinen Beitrag dazu liefern, meine Ideen über gewisse Puncte in dieser Lehre hier niederlegen, worauf ich die Criminalisten aufmerksam machen möchte; sie mögen sie benutzen oder nicht, je nachdem es ihnen so oder anders gefällt. — Seit ich diese Abhandlung geschrieben, ist eine eigne kleine Schrift über die culpa vom Herrn Professor Gärtner erschienen, die den Titel führt: Finium culpae in jure criminali regundorum prolusio; Berolini, 1836. Da die Materie eben so wichtig, als verwickelt und nicht im Reinen ist, so ist zu wünschen, daß Herr Professor Gärtner seinen Vorsatz, eine vollständige Bearbeitung dieser Lehre zu unternehmen, zur Ausführung bringen möge.

§. 1.
In wie fern bei strafbaren Handlungen auf den Unterschied von *dolus* und *culpa* Rücksicht zu nehmen sey?

Zuvörderst kann es seyn, daß die böse Gesinnung des Handelnden, oder die böse Gesinnung einer gewissen Art, Bedingung des Verbrechens ist, so daß ohne sie gar kein Verbrechen begangen, kein Strafgesetz verletzt ist, da dann, wenn Handlungen begangen sind, die mit dem Gesetz in Wider=

spruch zu stehen scheinen, vor allen Dingen die Frage entsteht, ob diese Gesinnung wirklich vorhanden war oder nicht. In Fällen dieser Art kann nur durch dolus gefehlt werden; ein delictum culposum gibt es hier nicht; und wenn in Fällen dieser Art von culpa die Rede ist, geschieht es bloß, um das Daseyn des dolus, und somit das Daseyn des Verbrechens, zu verneinen.

Durch Beides, dolus und culpa, kann gefehlt werden, wenn das Gesetz sich nicht darauf beschränkt hat, gewisse Handlungen bei Strafe zu verbieten, sondern, wenn es darauf abgesehen war, die Hervorbringung schädlicher Wirkungen durch Strafdrohung zu verhüten. Der ganze Unterschied zwischen dolus und culpa findet hauptsächlich nur Statt bei Handlungen, bei denen die Folgen in Betrachtung kommen, die von der Handlung getrennt, ein zweites Ereigniß ausmachen und die, wenn sie eintreten, in Verbindung mit der Handlung die That erst zu einem Verbrechen machen oder doch bewirken, daß sie in ein anderes (und zwar schwereres) übergeht. In Hinsicht auf diese Folgen entsteht dann, um die Grösse der Strafbarkeit auszumitteln, die Frage, ob die Hervorbringung derselben von dem Thäter beabsichtigt war oder nicht. Hingegen bei bloßen einfachen Handlungen, die schon an sich und ohne Rücksicht auf die Folgen unerlaubt und bei Strafe verboten sind, kann die Frage nicht leicht vorkommen, ob Jemand, der eine gewisse Handlung vornimmt, sie vornehmen wollte. Man kann von Jemanden gar nicht sagen, er habe eine gewisse Handlung vorgenommen, wenn er nicht den Willen hatte, sie vorzunehmen, da die körperlichen Organe nur auf Geheiß des Willens thätig sind. Handlungen dieser Art können als unwillkürliche Aeußerungen unserer Kräfte straflos seyn; es

kann auch seyn, daß wir mit Strafe verschont bleiben und das Gesetz sich gegen uns nachsichtig erweist, weil wir gezwungen handelten; aber vom Unterschiede zwischen dolus und culpa kann hier nur selten die Rede seyn. Gesetzt z. B. Jemand hat das Strafgesetz verletzt, was das Nehmen übermäßiger Zinsen verbietet, wer fragt wohl, ob der Wucher mit Vorsatz oder Schuld begangen sey? Aber setzen wir, es sey ein Todtschlag oder eine Brandstiftung begangen. Gleich fragt Jeder, ob es mit Vorsatz oder aus Unvorsichtigkeit geschehen sey. Wenn ein Mensch von meiner Hand stirbt, so ist dieß nicht meine Handlung, sondern Folge meiner Handlung [1]). In dem

---

[1]) Der Beurtheiler von Klein und Kleinschrod Archiv des Criminalrechts zweitem Theil in der Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde 2. Bd. 2. Stck. S. 306. macht folgende Bemerkungen: „Man kann bei jedem Verbrechen die Handlung von der äußern Thaterscheinung, das, was der Verbrecher mit Bewußtseyn gewollt, von demjenigen unterscheiden, was er, so zu sagen, als blinde physische Kraft, ohne Bewußtseyn gewirkt hat. Das eigentliche Verbrechen liegt in jener Handlung. Was diese dagegen gewirkt hat, kann von einem philosophischen Sprachgebrauch eben so wenig an und für sich ein Verbrechen genannt werden, als der Fall des Steines vom Dache, der einen Menschen todt schlägt. Demjenigen, was im Bewußtseyn des Verbrechers und in der mit Bewußtseyn verknüpften Thatäusserung liegt, wollte das Strafgesetz entgegen arbeiten, und daß es diese gesetzwidrige Kraft im Verbrecher nicht unterdrücken konnte, darin liegt die eigentliche Verletzung des Strafgesetzes. Was diese Kraft dagegen zufällig gewirkt hat, kann dem Verbrecher weder zum Verdienst noch zur Schuld angerechnet werden, und kann daher seine Strafbarkeit weder vermehren noch mindern. Rec. hält diese Ansicht für unumstößlich richtig; aber freilich hat sie den Geist der positiven deutschen Criminalgesetzgebung gegen sich." — Die Unterscheidung der Handlung von der Wirkung ist in der Sphäre des Criminalrechts wichtig; aber nicht grade bei jedem Verbrechen

Verbot der Tödtung, der Brandstiftung ist die Wirkung zugleich mit der Handlung mit Strafe bedroht und beides in Verbindung mit einander Bedingung der Strafe. Setzen wir ferner, Jemand habe gegen das Polizeigesetz auf öffentlicher Straße Taback geraucht. Niemand wird fragen, ob er dieß habe thun wollen oder ob es aus Unvorsichtigkeit geschehen sey. Aber, nun soll durch den brennenden Zunder ein Haus in die Asche gelegt seyn. Gleich entsteht wieder die Frage, ob diese Folge beabsichtigt oder sie ohne Absicht eingetreten, und dann weiter, ob sie verschuldet oder zufällig sey.

Indessen, möglich ist es doch auch in solchen Fällen, da das Gesetz bloß gegen die Handlung selbst gerichtet ist, ohne alle Rücksicht auf die Wirkung, daß der Unterschied zwischen dolus und culpa in Betrachtung kommen kann. Es kann seyn, daß ein Strafgesetz zum positiven Handeln verpflichtet, dann versteht es sich, daß durch Leichtsinn, Trägheit, Vergeßlichkeit u. s. w. die gebotene Handlung unterlassen und das Gesetz ohne dolus übertreten werden kann — und hier wird *dolus* als causa delinquendi sogar etwas Seltenes seyn; — allein, auch wenn das Gesetz, wie gewöhnlich, verbietet und droht, ist bloße culpa an sich möglich. Man muß zwar annehmen, daß derjenige, der eine gewisse Handlung vornahm, sie vornehmen wollte; allein es ist doch auch hier möglich, daß er, welcher mit Vorsatz handelte, ohne

bedarf es dieser Unterscheidung. Daß die Wirkung eines Verbrechens an sich selbst kein Verbrechen seyn könne, versteht sich; aber diese Wirkung giebt für die Größe der Strafbarkeit den Maaßstab an die Hand, wie überhaupt bei Verbrechen die Größe des Schadens in Betrachtung kömmt, der dadurch gestiftet ist.

bösen Vorsatz handelte; er kann z. B. in der Zerstreuung eine Handlung vorgenommen haben, — da man dann kaum sagen kann, daß er die Handlung gewollt habe, die ihm vielleicht selbst sehr unlieb ist, — oder doch überhaupt ohne das Bewußtseyn des Unrechts oder der Gesetzwidrigkeit, welches zum dolus gehört. Ob und wieweit die culpa auf die Strafbarkeit von Einfluß seyn könne, habe ich schon früher untersucht [2]).

§. 2.

Ursprung und Anfang der Schuld.

Die Schuld, culpa im Allgemeinen entsteht, dadurch, daß wir eine Handlung unternahmen, die wir entweder überhaupt oder unter diesen Umständen, auf diese Art, hätten unterlassen, oder daß wir eine Handlung unterließen, die wir hätten vornehmen sollen; — in jenem Fall ist es *culpa in faciendo*, was uns zur Last fällt, in diesem *in non faciendo*; eine Unterscheidung des römischen Rechts [3]), womit es sich nicht auf die culpa im engern Sinn, sondern auf die culpa überhaupt bezieht; — überhaupt entsteht culpa dadurch, daß wir eine Regel, ein Gesetz übertreten haben, die wir hätten befolgen sollen. Bei gesetzwidrigen Handlungen müssen wir nicht nur die Handlung selbst verantworten und der etwa darauf gesetzten Strafe uns unterwerfen, sondern wir müssen auch die nachtheiligen Folgen übernehmen, die daraus für Andere entstanden sind und die, wie gesagt, das Verbrechen bisweilen erst hervorbringen oder es in ein anderes verwandeln. Diese Folgen kommen auf unsere Rechnung

---

[2]) S. den fünften Theil dieses Werks, zweite Abtheilung, Abhandlung 1. §. 2. und 4.

[3]) L. 91. pr. D. de Verb. Obl.

und werden uns zur Last geschrieben, mögen wir sie gewollt haben oder nicht. Auch, wenn diese Folgen nicht beabsichtigt sind, stehen sie zu unserer Verantwortung, wenn wir das Gefährliche der Handlung oder Unterlassung einsahen oder bei gehörigem Nachdenken hätten einsehen können, oder, in der Sprache des gemeinen Lebens, wenn und soweit diese Folgen von der Art sind, daß wir sie vorhersehen konnten. Im entgegengesetzten Fall, wenn wir es nicht konnten, wenn kein behutsamer Mensch hier eine Gefahr ahnen konnte, verzeiht das Gesetz die Schuld, so daß gar keine vorhanden ist, während im ersteren Fall dem Handelnden zur Last fällt, was, nach dem Beispiel des römischen Rechts, vorzugsweise unter Schuld oder *culpa* verstanden wird.

Kleinschrod[4]) bemerkt von der Culpa: Es ist dabei nicht gehandelt, sondern zu handeln unterlassen worden. Beim Dolus ist die begangene Handlung der eigentliche Gegenstand der Sträflichkeit, bei der Culpa ist es die unterlassene Handlung. — Denn diejenige Handlung, bei welcher sich Culpa zeigt, ist in der Regel zufällig und gleichgültig; nur das macht sie strafbar, daß der Handelnde sich nicht denjenigen Irrthum benahm, welcher zur Essenz der Culpa gehört. Diese Unterlassung giebt der Handlung eine strafbare Eigenschaft u. s. w.

Es stimmt dieß mit dem Begriff überein, den die Rechtsgelehrten von dieser culpa im engeren Sinn zu geben pflegen: Culpa est intermissio debitae diligentiae, absque tamen proposito nocendi; und dieser ist wiederum aus Stellen des römischen Rechts abgezogen, welches, wenn es von der culpa

[4]) Systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts, zweite Aufl. I. Bd. §. 76. und 27.

spricht, sich verneinender Ausdrücke zu bedienen pflegt, indem es heißt, culpa sey Nachlässigkeit, Trägheit, Mangel an Sorgfalt, oder culpa est *desidia*, *negligentia* [5]), culpa lata est non intelligere, quod omnes intelligunt u. s. w. [6]). In der That scheint die culpa im Unterlassen zu bestehen. Der Verschuldete handelte nicht mit Vorsicht, nicht mit Behutsamkeit. Alle Schuld, die nicht aus Vorsatz oder bösem Willen hervorgeht, pflegt sich dadurch zu äussern, daß der Verschuldete an die Folgen nicht denkt, die seine Handlung hervorbringen könne, oder er dachte zwar daran, ließ sich aber dadurch nicht abhalten, die Handlung vorzunehmen, weil er sich überredete, es werde mit diesen Folgen keine Noth haben. Er hätte die Handlung aus Rücksicht auf die Folgen unterlassen oder wenigstens die nöthigen Vorsichtsmaaßregeln anwenden sollen, um diese Folgen zu verhüten [7]), und er nahm sie dennoch vor, ohne diese Vorsichtsmaaßregeln anzuwenden, oder er unterließ eine Handlung, die er um der Folgen willen hätte vornehmen sollen. Im letzteren Fall, den das römische Recht in Hinsicht auf die Contracte, die zur diligentia verpflichten, vor Augen hat, wenn es die culpa für den Mangel von diligentia, für *negligentia*, *desidia* u. s. w. erklärt, entsteht freilich die culpa durch blosses Unterlassen, aber selbst in diesem Fall entsteht sie doch nicht eigentlich durch den Mangel der Ueberlegnng, sondern vielmehr durch den Mangel der Handlung, wodurch die

---

5) §. 3. J. Quibus modis re contrah. obl. L. 213. §. 2. L. 223. D. de Verb. Sign.

6) L. 213. §. 2. D. de Verb. Sign. L. 226. D. eod.

7) L. 30. §. 3. D. Ad Legem Aquil. L. 25. §. 7. D. Loc. Cond.

Sorgfalt sich äussert. Die culpa entstand nicht dadurch, daß Jemand die Folgen nicht bedachte oder sich durch die Betrachtung derselben zum Handeln nicht bewegen ließ, sondern, daß er nicht handelte. Wenn man die culpa im Allgemeinen im Unterlassen der Sorgfalt oder Behutsamkeit findet, so irrt man sich. Dieß Unterlassen ist noch die culpa selber nicht, man verwechselt vielmehr die Schuld mit dem, was nur etwa die (nächste) Ursache der Schuld ist. Die Schuld selbst entsteht erst durch die Handlung, durch das widerrechtliche factum omissionis vel commissionis. Es würde ja sonst die Schuld der widerrechtlichen Handlung vorhergehen und auch ohne die Handlung vorhanden seyn können, der sie vielmehr in unmittelbarer Folge sich anhängen muß. Die Schuld ist mit ihr von gleichem Alter; sie kann nicht älter seyn, als die Handlung, wodurch man das Gesetz verletzt und die Strafe, und überhaupt die Verantwortung, schuldig wird. Eher könnte man sagen, sie sey jünger, weil man erst durch das Eintreten der Folge strafbar wird, bei deren Ausbleiben keine Strafe Statt findet.

§. 3.

Die Culpa als Milderungsgrund.

Wenn der Gesetzgeber sich nicht darauf beschränkt hat, eine gewisse Handlung bei Strafe zu verbieten, sondern das strafdrohende Gesetz gegen die dadurch hervorgebrachte Wirkung gerichtet ist, dann kann die Frage entstehen, ob das Gesetz bloß auf denjenigen anzuwenden sey, der diese Wirkung mit Vorsatz hervorgebracht hat, oder ob auch denjenigen die gedrohte Strafe treffen müsse, der bloß die Handlung vorgenommen hat, wodurch die Wirkung entstanden ist, ohne die Wirkung selbst zu wollen, m. a. W. ob dolus oder auch culpa strafbar sey. Die Beantwortung dieser Frage scheint

zweifelhaft zu seyn. Betrachtet man sie bloß im Allgemeinen, so wird man geneigt seyn, die Frage zu bejahen. Zwar ist jedes Gesetz nur an unsern Willen gerichtet, aber wenn der Verbrecher nur die Handlung gewollt hat, welche die Wirkung hervorbrachte, so scheint es nicht nothwendig zu seyn, daß er auch die Wirkung hervorbringen wollte. Es kann dieß seine Strafbarkeit erschweren, bringt sie aber nicht hervor. Denn, wiewohl er um der Wirkungen willen bestraft wird, ist es doch nur die Handlung, die ihn strafbar macht. Diese ist der Grund der Strafe, während jene die Bedingungen derselben sind.

Wenn man aber die Sache näher erwägt, so wird die Beantwortung der aufgeworfenen Frage wieder ungewiß. Gesetzt, der Gesetzgeber hätte, — um ein ganz einfaches Beispiel aufzustellen, — sich also ausgedrückt: Wer einen Menschen tödtet, der soll wiederum getödtet werden; wäre nach diesem Gesetz auch der Arzt des Todes schuldig, der, weil er seine Kunst nicht besser verstand, einem Kranken ein Heilmittel gab, was den Tod hervorbrachte? Man wird antworten: Nein, weil er den Kranken nicht mit Vorsatz getödtet hat. Allein, wäre dieser Fall und überhaupt Tödtung aus Unvorsichtigkeit unter dem Gesetz enthalten, so müßte das mit gleicher Strafe bedrohte Vergehen auch mit gleicher Strafe beahndet werden.

Ich würde die Frage freilich auch verneinen; aber aus andern Gründen. Ich würde sagen, dieser Fall sey unter jenem Gesetz gar nicht begriffen gewesen. Der Gesetzgeber, der hier die Wirkung mit der Ursache verband, den Erfolg der Handlung, wenn ich so sagen darf, in die Handlung selbst aufnahm, der hat, wie schon aus der Fassung des Gesetzes zu schliessen ist, einen Thäter gemeint, der nicht bloß

die Handlung vornehmen wollte, woran kein Zweifel seyn kann, sondern der auch diesen Erfolg hervorzubringen beabsichtigte. Es macht wenigstens, wenn überhaupt die Gesinnung des Handelnden berücksichtigt wird, einen sehr erheblichen Unterschied, ob er ausser der Handlung auch diese Wirkung hervorbringen wollte oder nicht; es läßt sich daher nicht annehmen, daß der Gesetzgeber beide Fälle mit gleicher Strafe belegen wollte und eben daraus ist zu schliessen, wenn die Worte eine solche Auslegung zulassen, daß er nicht beide Fälle, sondern nur denjenigen im Sinne gehabt habe, dem die gedrohte Strafe angemessen und der gewöhnlich gemeint ist, wenn von Tödtung die Rede ist. Eine unvorsätzliche Hervorbringung derselben Wirkung ist unter jenem Strafgesetz nicht begriffen und muß noch besonders verboten werden, z. B. Du sollst auch keine Handlungen unternehmen, wodurch auch ohne deinen Willen der Tod eines Menschen leicht erfolgen kann. Oder der Gesetzgeber hätte sich allgemeiner z. B. so ausdrücken müssen: Wer Handlungen vornimmt, die den Tod eines Menschen zur Folge haben, soll den Tod erleiden, — und würde dann beide Fälle umfaßt haben. Das Gesetz, welches simpliciter die Tödtung verbietet, hat dadurch eine auf Tödtung gerichtete Handlung, welche auch die beabsichtigte Wirkung hervorbringt, verboten; damit ist aber nicht jede andere Handlung, welche den Tod eines Menschen zur Folge hat, zugleich verboten. Die Handlungen der einen oder anderen Art sind sehr von einander verschieden und treffen bloß in dem einen Punkt zusammen, daß sie dieselbe Wirkung hervorbringen. Nun kommt es hier freilich gerade darauf an, daß die Wirkung unterbleiben soll, das Leben, die Gesundheit des Bürgers sollen ge-

schützt und eben so wenig durch Unvorsichtigkeit, als durch Vorsatz geraubt werden, allein daraus folgt nur, wie das Gesetz sich nicht darauf beschränken müsse, die auf Hervorbringung der Wirkung gerichtete Handlung zu verbieten, sondern, daß es zu jenem ersten Verbot ein zweites hinzufügen und durch Strafdrohung zu verhüten suchen müsse, daß jenes Uebel, wovor es den Bürger schützen will, indem ihm von der einen Seite der Zugang versperrt wird, nicht von einer andern eindringe.

Am Ende sehe ich wohl, die aufgeworfene Frage ist eine quaestio facti, und es würde also in einzelnen Fällen darauf ankommen, ob nach den Worten des Gesetzes anzunehmen, daß der Gesetzgeber die verschiedenen Arten, wie die zu verhütende Wirkung hervorgebracht werden kann, zusammengefaßt und mit derselben Strafe bedroht habe oder nicht. Aber in zweifelhaften Fällen finde ich es glaublich, daß der Gesetzgeber so verschiedenartige Fälle, wovon das eine ein Verbrechen, das andere ein Vergehen ist, nicht zusammengepaart und nicht mit derselben Strafe bedroht habe; wäre es aber geschehen, so müßte dann auch die culpa mit derselben Strafe, wie der dolus, bestraft werden.

Die Lehrer des Criminalrechts, denen es gar nicht in den Sinn kommt, hier etwas zweifelhaft zu finden, pflegen die Sache so darzustellen, als werde das Strafgesetz nicht bloß durch *dolus*, sondern, wiewohl auf eine minder strafbare Art, auch durch *culpa* übertreten, wenn es auch gegen diese nicht namentlich mit gerichtet ist, als sey es Ein und dasselbe Verbrechen, was sich bald durch *dolus*, bald durch *culpa* äussert, — da es im Grunde zwei verschiedene Verbrechen sind, wenn sie sich auch in der Darstellung vereini-

gen lassen, — oder, wie Kleinschrod [1]) lehrt, als sey unter dem Verbot einer gewissen Handlung die culpa begriffen: aber, wenigstens in der Natur der Sache, woraus er doch hergeleitet wird, liegt dieser Grundsatz nicht, auch müßten ja dann, wie gesagt, beide Uebertretungen mit gleicher Strafe belegt werden. Die Bestrafung der culpa vermöge desselben Gesetzes, was die Handlung mit Strafe bedroht hat, die auf Hervorbringung der schädlichen Wirkung gerichtet ist, kann nur da gerechtfertigt werden, wo die Gesetze dieß ein für alle Mal als allgemeinen Grundsatz und als Regel aufgestellt haben. Ausserdem muß die culpa, wenn sie strafbar seyn soll, für einzelne Verbrechen mit Strafen bedroht seyn. In manchen Fällen haben auch die positiven Gesetze die culpa mit Strafen besonders bedroht [2]). Auch im römischen Recht werden einzelne Fälle der *culpa* als strafbar bezeichnet. Es ist aber auch allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts, daß die culpa, wie der dolus, strafbar sey. Das römische Recht hat es ohne Zweifel so angesehen, wie das Verbot einer Handlung, welche eine schädliche Wirkung hervorbringt, gegen die culpa mit gerichtet sey. Wenn z. B. die Lex Aquilia verordnete, wer einen fremden Sclaven u. s. w. getödtet hat, — injuria

---

[1]) Kleinschrod Grundbegriffe des peinl. Rechts 1. Theil §. 27.

[2]) So bedroht z. B. die Carolina den Arzt mit Strafe, der aus Mangel an Sorgfalt oder Kenntniß, also aus Nachlässigkeit oder Unkunde, Anwendung verkehrter Mittel u. s. w. tödtet (Art 134), ingl. denjenigen, der ein gefährlich Thier gehalten, wodurch ein Mensch um's Leben gekommen (Art. 136) Es geschieht dieß indessen nicht, als ob es nöthig wäre, dieß erst zu verordnen, nicht um eine Lücke in der Gesetzgebung auszufüllen, sondern mehr nur um den Richter zu belehren.

occiderit, — der soll dem Eigenthümer den Sclaven nach dem höchsten Preise, den er in diesem Jahr gegolten hat, vergüten, so fanden die römischen Rechtsgelehrten, daß unter diesem Verbot dolus und culpa zugleich enthalten sey [3]). Sie stellen den allgemeinen Grundsatz auf, daß es bei allen Verbrechen auf den Unterschied ankomme, ob sie mit Vorsatz oder durch Schuld begangen sind und wie hiernach die gesetzliche Strafe entweder anzuwenden oder zu mäßigen sey [4]). Die römischen Gesetze sehen Vorsatz und Schuld als verschiedene Arten, das Gesetz zu übertreten, die durch beide hervorgebrachte That als Ein Verbrechen an. Indem das Gesetz die That unbestimmt und schlechthin verboten hat, hat es sie im Allgemeinen verboten; das Verbot und die Drohung des Gesetzes beschränkt sich nicht auf die mit bösem Vorsatz begangene. Wird also eine That begangen, die das Gesetz bei Strafe verboten hat, so unterscheiden die Gesetze, ob es mit Vorsatz oder ohne ihn geschehen ist, wobei sie im letz-

---

[3]) §. 3. J. de lege Aquilia. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 13. pr. D. de liberali causa.

[4]) *L. 108. D. de reg. juris.* Fere in omnibus poenalibus judiciis et aetati, et imprudentiae succurritur. *L. 5 §. 2. D. de poenis.* Refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu. Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere. Daß unter casus hier negligentia zu verstehen sey, ergibt der Zusammenhang. Sich des Ausdruckes casus zu bedienen, in Fällen, wo culpa zu verantworten ist, das ist den römischen Rechtsgelehrten überhaupt in dieser Materie nicht ungewöhnlich. L. 9. D. de incendio. L. 16. §. 8. D. de poenis; ferner L. 1. §. 3. D. Ad. Legem Corn. de sic. S. auch §. 3. I. de lege Aquilia. Der Ausdruck *Casus* wird überhaupt gebraucht, wenn der böse Vorsatz fehlte, und für diesen Casus haftet der Thäter, wenn ihm culpa zur Last fällt.

tern Fall aus Rücksicht auf die Schwäche des Menschen den Thäter mit der vollen gesetzlichen Strafe verschonen. Rohe Völker pflegen diesen Unterschied wohl gar nicht in Betrachtung zu ziehen; bei milderen Sitten ist man geneigt, auf die natürliche Entschuldigung Rücksicht zu nehmen, man habe es nicht mit Willen gethan. Der Umstand, daß die That nicht mit Vorsatz geschehen ist, erscheint dann, insoferne sie überhaupt auf die Rechnung dieses Individui kommen, als von ihm ausgegangen oder durch ihn verschuldet angesehen werden kann, als der erste und erheblichste Milderungsgrund [5]).

Es wird zwar in einer Stelle der Pandecten der Grundsatz aufgestellt: In maleficiis voluntas spectatur, non exitus [6]); allein dieß ist nicht Regel, sondern Ausnahme von der Regel; es bezieht sich damit auf die Lex Cornelia de sicariis, vermöge welcher ausnahmsweise der conatus delinquendi wie das gelungene Verbrechen bestraft wird [7]). Der Regel nach kommt es allerdings auf den exitus oder eventus an. Claudius Saturninus lehrt ausdrücklich, bei Verbrechen komme es auf den eventus an; nur ausnahmsweise komme es nicht darauf an, nämlich gerade bei der Lex Cornelia de sicariis nicht. Der Regel nach sey allerdings der eventus zu berücksichtigen, und verschuldete Verbrechen — *fortuiti casus*, wie Claudius Saturninus sagt — würden bei den Griechen mit freiwilliger Verbannung bestraft [8]).

---

[5]) L. 5. §. 2. D. de poenis.

[6]) L. 14. D. Ad Legem Corn. de sic.

[7]) L. 7. D. Ad Legem Corn. de sic.

[8]) L. 16. §. 8. D. de poenis. *Leyser* spec. 602. med. 4.

Wiewohl nun nach römischem Recht beide, die culpa und der dolus, obgleich in verschiedenen Graden, strafbar sind, so giebt es doch im Grunde nur wenige Verbrechen, die zugleich durch dolus und durch culpa begangen werden können. Man gehe das lange Verzeichniß der Verbrechen nur einmal durch, so wird man finden, daß die meisten und wichtigsten Verbrechen nur durch dolus begangen werden können. Der Hochverrath, das crimem laesae majestatis, der Aufruhr, die Erpressung, Bestechung, Amtserschleichung, namentlich Simonie, ferner crimen vis, das Verfälschen der Münze, überhaupt das falsum mit seinen Unterarten, Meineid und Prävarication, der Diebstahl mit seinen Unterarten, der Raub, das plagium, das crimen de residuis, Ehebruch und Bigamie, Entführung und Nothzucht, Incestus, Lenocinium, die Injurie, die Blasphemie u. s. w., alle diese Verbrechen erfordern dolus zu ihrem Daseyn. Ueberhaupt kann der Unterschied zwischen dolus und culpa hauptsächlich nur bei solchen Verbrechen in Betrachtung kommen, bei welchen die Gesetze nicht die blosse Handlung verboten, sondern auf die hervorgebrachte Wirkung gesehen und diese in Verbindung mit der Handlung, wodurch sie hervorgebracht wird, mit der Strafe bedroht haben [9]). Dieß ist namentlich der Fall beim Todschlag und bei der Brandstiftung, bei welchen auch die culpa noch besonders mit Strafe bedroht ist [10]).

---

[9]) Die Lehre des Ulpian in L. 5. §. 2. D. de poenis lautet also viel zu allgemein. Denn darnach würde bei allen Verbrechen auch die culpa, wenn gleich in geringeren Grade strafbar seyn.

[10]) §. 4. J. de lege Aquilia. L. 30. §. 3. D. eod. L. 13. pr. D. de liberali causa. L. 1. §. 3. L. 4. §. 1. D. Ad legem Corneliam de sicariis. L. 9. D. de incendio L. 11. D. eod. L. 3. §. 1. D. de officio praefecti vigilum. Carol. Art. 134. 136. 146.

§. 4.

Liegt bei der *culpa* ein Fehler des Verstandes oder des Willens zum Grunde?

Den Unterschied zwischen dolus und culpa pflegten die Alten darin zu setzen, daß dolus auf einem Fehler des Willens beruhe, culpa aber auf einem Fehler des Verstandes [1]). Allein, schon unter den ältern Rechtsgelehrten gab es anders Denkende. Sie nahmen an, auch bei der culpa liege eine fehlerhafte Willensbestimmung zum Grunde, und diese enthalte für beide Arten, wie gesetzwidrige Handlungen geschehen können, den gemeinschaftlichen Grund der Strafbarkeit. Dahin gehört namentlich Johann Samuel Friedrich Böhmer, welcher [2]) sich ziemlich ausführlich hierüber verbreitet hat. — [3])

---

[1]) *Achenwall* prol. jur. naturalis §. 36. Dolus ex naevo voluntatis exoritur, culpa ex defectu intellectus potissimum.

[2]) Observat. select. ad Carpzov. obs. 1.

[3]) Quicquid imputationis delictis inest, fundamentum suum habet in voluntate, qua quis decernit certum genus actionis, lege prohibitum, seque ejus auctorem esse ostendit. Voluntas haec duplici modo se exserit, uno quoties ex proposito ad certum delictum directo et praemeditato consilio; altero quoties imprudenti ac inconsulto quodam facto, quocum praesens delictum non per se connexum, contra legem peccatur. Priorem dolum vel culpam malitiae, posteriorem culpam simpliciter vel cum additamento imprudentiae, desidiae, negligentiae, vocant. Utriusque actio ultimo ad voluntatem referenda, quia, quae huic propria, imputatio, cuilibet cohaeret, extra dolum autem vel culpam nulla est. Quicunque alterutro modo deliquit, voluit delictum animumque delinquendi habuit. Solus gradus voluntatis utramque actionem distinguit modumque imputationis determinat, qui in dolo est fortior, in culpa debilior; ibi ordinariam, hic extraordinariam poenam producit. Ita vero dolum non male animum delinquendi directum, culpam vero

Vielleicht wäre es hier besser gewesen, wenn man die ganze Unterscheidung zwischen dem, was dem Verstande und was dem Willen angehört, bei Seite hätte liegen lassen. Bisweilen scheint es, wenn aus culpa gefehlt ist, am Verstande, bisweilen am Willen gelegen zu haben, bisweilen ist es ungewiß, wem man die Schud oder den grösseren Theil derselben beilegen soll.

Bei der ganzen Unterscheidung zwischen dolus und culpa kömmt es zuvörderst bloß darauf an, wodurch die That **zunächst** entstanden ist. Beim dolus **wollte** der Thäter die gesetzwidrige That hervorbringen, bei der culpa **wollte** er **es nicht**. Er hat nicht aus bösem Willen, sondern aus Mangel an Behutsamkeit gefehlt, und das Gesetz straft die geringere Schuld mit geringerer Strafe.

---

indirectum dixeris, cum ille ad praesens delictum dirigatur et in hoc fine subsistat, haec vero non praecise et primario eo tendat, sed per consequentiam et ambages illud producat, voluntas vero cum ea connexa immediate in aliam rem illicitam feratur. Die Lehre von dem fehlerhaften Willen, der bei jedem Verbrechen und namentlich bei der culpa zum Grunde liege, die jetzt als die herrschende angesehen werden kann und auch **Meister** Princ. jur. crim. §. 38. vorgetragen, ward in neueren Zeiten besonders von **Klein** angenommen. Er wußte nicht, daß er schon an **Böhmer** einen Vorgänger gehabt habe, und glaubte der Erste zu seyn, der diese Lehre auf die Bahn bringe. **Klein's** Annalen Bd. 12. S. 185 folg. **Derselbe** in den Nachträgen zu Quistorp 1. Theil S. 434 folg. Indessen dürfte das, was **Klein** hierüber gesagt hat, leicht das Beste seyn, was darüber gesagt ist und dafür werden kann, wie ihm denn überhaupt unter den philosophischen Juristen und Criminalisten nach meinem Urtheil der erste Rang gebührt, den ihm selbst **Kleinschrod** nicht streitig machen kann. **Kleinschrod** gehört zu denjenigen, die in der Culpa nur einen Irrthum und Fehler des Verstandes sehen.

Es mag wohl in einzelnen Fällen ein schwächeres oder stärkeres Bewußtseyn des Unrechts vorhanden seyn, aber in den meisten wird es selbst daran fel len, dieser Mangel jedoch die Strafbarkeit nicht aufheben. Genug, daß das Gesetz übertreten und Mangel an Behutsamkeit in diesem Fall keine Entschuldigung ist. Entweder dachte der Verschuldete gar nicht an die Folgen, die seine Handlung hervorbringen könne, oder er dachte zwar daran, ließ sich aber dadurch nicht abhalten, die Handlung zu begehen, weil er sich überredete, es werde mit diesen Folgen keine Noth haben. Im letzteren Fall wäre es freilich möglich, daß er sich eines Unrechts bewußt und folglich seine Gesinnung nicht frei von Tadel wäre; aber in dem ersteren und gewöhnlichen Fall, wie kann der Wille desjenigen fehlerhaft seyn, der gar keinen hat, als eine gleichgültige Handlung vorzunehmen, weil er ausserdem gar nichts denkt? Non entis nulla sunt praedicata. Auch dessen Wille kann nicht fehlerhaft seyn, dem es gar nicht in den Sinn kömmt, daß hier nachtheilige Folgen entstehen können, der zwar an die Folgen denkt, aber sie sich anders vorstellt.

Geht man über die nächste Ursache der Schuld hinaus und forscht weiter, woher es gekommen, daß der Thäter diese Art von Schuld auf sich geladen, so würde man gewöhnlich genöthigt seyn, weit in die Vergangenheit und in das frühere Leben des Thäters, wie auch Klein bemerkt, zurück zu gehen, um den letzten Grund der Schuld aufzufinden, dieser oft nicht auszumitteln, oft dem Thäter selbst verborgen seyn. Es ist möglich, daß man auf diesem Wege in vielen Fällen am Ende einen fehlerhaften Willen, als den letzten Grund der Schuld, auffinden würde, aber wenigstens wird dieser mit dem gegenwärtigen Verbrechen in keiner un-

mittelbaren Verbindung von Ursache und Wirkung stehen, und darauf kommt es doch nur an. Das Gesetz sieht bloß darauf, was im gegenwärtigen Fall hätte geschehen sollen. Ihm ist es genug, daß die verbotene That bei Anwendung gehöriger Vorsicht vermieden seyn würde. Dabei bleibt das Gesetz stehen, ohne weiter darnach zu fragen, was diesen Fehler veranlaßt haben mag. Es sieht hier nicht auf die Gesinnung, sondern auf den Mangel an Vorsicht, und die Strafe wird dadurch gerechtfertigt, daß der Thäter das Gesetz, was die Unbehutsamkeit ausdrücklich oder implicite mit Strafe bedroht und eben dadurch zur Behutsamkeit verpflichtet oder diese Pflicht vielmehr als schon vorhanden annimmt, was sie auch ist, übertreten hat. Die Fehlerhaftigkeit des Willens kann hier auf keinen Fall darin bestehen, daß Jemand unbehutsam war, sondern nur etwa darin, daß er eine Handlung vornehmen wollte, die das Gesetz geradezu oder durch einen Umweg verboten hat, und deren Wirkung ihm nur dann nicht auf die Rechnung gesetzt wird, wenn er die erfolgte Wirkung nicht vorhersehen konnte. Ein Wille dieser Art kann insoferne ein fehlerhafter genannt werden, weil er ein gesetzwidriger ist, aber wenigstens an und für sich oder in sittlicher Hinsicht ist er, wie die Handlung selbst, der er vorhergeht, gleichgültig; eigentlich fehlerhaft ist er nur, wenn der Handelnde sich der Pflicht der Behutsamkeit und daß er sie in diesem Augenblick verletze, in einzelnen Fällen bewußt gewesen wäre.

Es würde hiernach quaestio facti seyn, ob und wieweit in einzelnen Fällen mit der culpa ein Bewußtseyn des Unrechts und folglich eine fehlerhafte Gesinnung vorhanden gewesen. Nothwendig gehört sie nicht dazu; sie dient, die Schuld zu erschweren, ist aber nicht Bedingung der Schuld.

Auf allen Fall fehlt es in Hinsicht auf die erfolgte Missethat an einem fehlerhaften Willen; es war nämlich der Wille nicht vorhanden, die gesetzwidrige That hervorzubringen, und nur ein, mit dem Bewußtseyn des Unrechts verbundener Wille dieser Art wird von den Gesetzen berücksichtigt, wenn sie zwischen vorsätzlichen und unvorsätzlichen Uebertretungen des Strafgesetzes unterscheiden. Das Daseyn desselben macht die That zum Verbrechen und ist selbst dann strafbar, wenn die beabsichtigte That unternommen, jedoch nicht wirklich zu Stande gekommen ist. Hingegen eine blosse Unbehutsamkeit, wie groß sie auch seyn mag und wie gefährlich die Folgen auch sind, die dadurch hätten entstehen können, wird nicht bestraft, wenn diese Folgen ausgeblieben sind. Den bloß Unbehutsamen trifft nur dann Strafe, wenn er zugleich unglücklich war. Er wird bestraft, nicht wegen fehlerhafter Beschaffenheit seines Willens, sondern wegen des hervorgebrachten Erfolgs, oder weil er Urheber einer Begebenheit ist, die er zwar nicht gewollt hat, die aber durch eine Handlung entstanden ist, welche er, unter diesen Umständen, aus Vorsicht hätte unterlassen oder anders einrichten müssen. Das Gesetz straft in Fällen dieser Art wegen der gefährlichen Folgen, welche Straflosigkeit nach sich ziehen würde. Es nimmt an, Jemand hätte anders handeln können und folglich auch müssen.

Soviel muß man zugeben, daß blosse Fehler des Verstandes nicht bestraft werden können. Davon ist hier indessen gar nicht die Rede, sondern von der Bestrafung von Handlungen, wodurch das Strafgesetz verletzt ist. Aber auch diese würden nicht bestraft werden können, wenn es Jemanden nicht möglich gewesen wäre, anders zu handeln; seine Handlung würde als actio necessaria und nach der Regel:

Impossibilium nulla est obligatio straflos seyn. Um Jemanden wirklich strafbar, das strafende Gesetz und die Strafe selbst gerecht zu finden, muß man immer voraussetzen, der Verbrecher habe anders handeln und das Gesetz befolgen können, und wenn man dieß unter der Fehlerhaftigkeit des Willens versteht, die bei jedem Verbrechen zum Grunde liege, so sehe ich nicht, was man dagegen einzuwenden haben könnte. Indessen ist dieß doch immer kein böser Wille, der etwas Positives ist, sondern blosser Mangel eines guten oder gesetzmäßigen Willens. Auch würde dann die Frage von der Fehlerhaftigkeit des Willens mit derjenigen von der Freiheit desselben von gleicher Bedeutung seyn.

§. 5.
Von der *culpa*, die dadurch entstehen soll, daß die Handlung an sich unerlaubt war.

Die alten Rechtsgelehrten lassen ein homicidium culposum in folgenden beiden Fällen zu:

1. wenn Jemand bei einer erlaubten Handlung nicht mit der gehörigen Vorsicht zu Werke geht,

2. wenn die Handlung, die den Tod eines Menschen zur Folge hat, an sich unerlaubt war [1]).

[1]) So bemerkt Carpzov (Practica rerum criminalium P. 1. qu. 27. nr. 16 sq.): Versatur autem culpa in hisce fere duobus. *Primo* si quis dederit operam re illicitae. *Secundo* si quis in re licita et permissa. Hisce duobus casibus, si infortunio ac casu quodam ex facto alicujus quis interficiatur, homicidium pro culposo habendum est. Carpzov führt zur Bestätigung mehrere Stellen des römischen Rechts an, die aber auf jenen Unterschied keine Beziehung haben. L. 7. §. 4. L. 9. §. 4. L. 10. L. 11. pr. D. L. 31. L 52. §. 4. Ferner Cramer (observ. jur. un. tom. 3. obs. 861): Homicidium casu fieri existimatur, quotiens commissum est ab eo, qui

Hiernach würde in folgendem Fall ein homicidium culposum begangen seyn. Jemand betritt ohne Erlaubniß des Eigenthümers ein fremdes Gebiet und schießt nach einem Wilde. In demselben Augenblick, da die Kugel aus dem Lauf fährt, springt ein Mensch hinter einem Baum hervor, der vorher nicht bemerkt ward, und die Kugel tödtet ihn, den sie auf ihrem Wege findet. Das Abschiessen des Gewehrs, eine Handlung, die, wenn der Eigenthümer sie vorgenommen hätte, ungeachtet der Folgen, die daraus entsprungen sind, straflos wäre, würde an demselben Ort, ganz auf dieselbe Weise, unter denselben Umständen, von einem Nichteigenthümer vorgenommen, ein Todschlag seyn, bloß weil der Eigenthümer zum Betreten seines Gebiets keine Erlaub-

---

operam dat rei licitae idque facit debito loco ac tempore atque omnem diligentiam adhibendo occidit. Horum alterutro deficiente, homicidium non fortuitum, sed culposum habendum est. Ebenso Quistorp (Grundsätze des peinl. Rechts, erster Theil §. 224): Es ist sodann ein Todtschlag, der in der Unvorsichtigkeit seinen Grund hat, vorhanden, wenn man entweder bei einem rechtmäßigen Geschäft unvorsichtiger Weise oder bei einem an sich unerlaubten Geschäft wider alle vorhergehende Absicht einen Todschlag begehet. Er beruft sich auf L. 31. und L. 45. D. Ad legem Aquiliam. Vorher hatte er gesagt: Einen Todschlag, der in der Unvorsichtigkeit des Urhebers seinen Grund hat, homicidium culposum, nennt man denjenigen, woran zwar so wenig der animus directus, als indirectus Antheil hat, der jedoch bei genugsamer Aufmerksamkeit auf seine Handlungen von dem Thäter hätte vermieden werden können. — Endlich Meister (Princ. jur. crim. §. 131): Ad culposum (homicidium), quod multifarios modos ac gradus habet, pertinet tum, quod commissum est ab his, qui in re illicita simulque improvide; tum quod ab iis, qui in re in se licita, sed incaute; tum etiam quod ab iis, qui in re *illicita, licet provido modo, versati sunt.*

niß gegeben hätte. Und was man beim Todschlag annimmt, dasselbe müßte man auch in anderen Fällen annehmen, bei welchen die Folgen in Betrachtung kommen und man sich durch Unvorsichtigkeit strafbar machen kann. Wirklich statuirt auch Leyser in Fällen dieser Art nicht nur ein homicidium culposum, sondern er stellt, unter Berufung auf cap. 8. X. de homicidio, die allgemeine Regel auf: Is vero, qui in re illicita versatur, de omnibus, quae inde deveniunt, tenetur [2]).

Soviel sieht ein Jeder leicht, wie diese Art, sich strafbar zu machen, unter die gewöhnlichen Fächer der Strafbarkeit nicht paßt. Hier ist nicht dolus und auch nicht culpa. Die Handlung ist nicht hervorgegangen aus bösem Vorsatz und auch nicht aus Mangel an Vorsicht und Behutsamkeit. Es ist sehr unpassend, wenn man das Vornehmen einer unerlaubten Handlung für einen Mangel an Aufmerksamkeit auf seine Handlungen ansieht. Dieser Ausdruck ist hier viel zu milde und der Sache nicht angemessen. Der Mangel an Aufmerksamkeit auf die Handlung selbst kömmt ohnehin gar nicht in Betrachtung. Mit dem Mangel an Aufmerksamkeit oder vielmehr an Vorsicht und Behutsamkeit, bezieht es sich auf die Wirkungen der Handlung. Der Mangel an Vorsicht und Behutsamkeit äußert sich dadurch, daß Jemand an die nachtheiligen Folgen nicht denkt, die seine Handlung leicht hervorbringen kann, oder daß er ihnen nicht vorzubeugen sucht, oder sich durch die Betrachtung dieser Folgen, weil sie doch auch ausbleiben können, nicht zurückhalten läßt, die Handlung vorzunehmen.

Man müßte daher, um die Lehre der Alten aufrecht zu

---

[2]) *Leyser* spec. 602. med. 20.

erhalten, ausser dem dolus und der culpa, noch eine dritte Art annehmen, wie man sich strafbar machen kann. Diese dritte Art würde seyn: das Vornehmen einer unerlaubten Handlung, welche in Hinsicht auf alle Folgen, die nur irgend daraus hervorgehen können, uns verantwortlich machen würde, auch wenn uns keine Unvorsichtigkeit zur Last fiele. Wenn die Handlung an sich widerrechtlich wäre, dann könnte der Thäter nicht von Schuld und Strafe freigesprochen werden, möchte er unvorsichtig oder mit der größten Behutsamkeit zu Werke gegangen seyn. Mangel an Vorsicht bei Handlungen, die schon an sich nicht erlaubt sind, oder der Umstand, daß der Thäter vorhersehen konnte, oder gar sah, daß so nachtheilige Folgen, wie durch sie entstanden sind, aus seinen Handlungen leicht hervorgehen könnten, würde bloß dazu dienen, seine Schuld und Strafbarkeit zu vermehren. —

Es entsteht jetzt die Frage, ob die Lehre der Alten gegründet sey oder nicht. Um sie zu prüfen, sehen wir zuvörderst, was der Vernunft, dann was dem römischen Recht und zuletzt, was dem canonischen gemäß ist. Zwischen den ersten beiden werden wir nur Uebereinstimmung finden; denn das römische Recht wiederholt hier bloß, was der gesunde Menschenverstand sagt.

§. 6.

Fortsetzung.

Zuvörderst, wenn man die Sache nach aller Strenge nehmen wollte, würde jeder die Folgen seiner Handlungen übernehmen müssen, weil er es ist, der sie hervorgebracht hat, die ohne ihn nicht entstanden seyn würden. Man würde nicht bloß für die nächsten Folgen verantwortlich seyn, sondern auch für die Folgen von den Folgen und für deren

Folgen u. s. w. in's Unendliche. Es würde dabei kein Unterschied Statt finden zwischen der Beschaffenheit der Handlung und der Folgen; alle positiven Handlungen, die wir auch hätten unterlassen oder anders einrichten können, würden uns zur Verantwortung verpflichten. Allein eine solche uneingeschränkte Uebernahme der Folgen ist etwas, was Menschen von Menschen nicht fordern können. Man kann nur für solche Folgen verantwortlich seyn, die man entweder beabsichtigt oder — was in Ansehung der entfernteren Folgen wohl selten der Fall seyn wird — vorhergesehen hat oder die man doch bei gehörigem Nachdenken vorhergesehen haben würde, so daß man in Rücksicht auf diese Folgen entweder die nöthigen Vorsichtsmaßregeln, wodurch die Folgen verhütet wären, hätte ergreifen oder die Handlung selbst gänzlich unterlassen müssen. Zwar, die bloße Möglichkeit nachtheiliger Folgen kann hier nicht in Betrachtung kommen [1]; daß dieß oder jenes möglich sey, kann man immer vorhersehen. Auf der anderen Seite ist auch eben nicht erforderlich, daß die eingetretenen nachtheiligen Folgen wahrscheinlich waren; sie mußten als leicht mögliche erkannt werden können. War keine Gefahr vorhanden, daß nachtheilige Folgen dieser Art entstehen würden, und hatte Jemand also keinen vernünftigen Grund, die Handlung zu unterlassen oder Vorsichtsmaßregeln gegen die nachtheiligen Folgen zu ergreifen, so kann ihm in Hinsicht auf die Folgen nichts zur Last gelegt werden; es haftet keine Schuld an ihm. Sollte die bloße Möglichkeit nachtheiliger Folgen zur Verantwortung verpflichten, so würde Jeder zur völligen Unthätigkeit verurtheilt seyn. Das Gesetz verlangt nicht Unthä-

---

[1]) *Averani* Interpret. lib. 2. cap. 26. nr. 5. 59.

tigkeit, nur Behutsamkeit im Handeln, und diese Pflicht wächst mit der Grösse der Gefahr. Je grösser der Schade ist, der aus der Handlung hervorgehen kann, je stärker ist die Aufforderung, ihn zu verhüten.

Hier, wo bloß die Folgen in Betrachtung kommen, die aus der Handlung hervorgehen können, ist kein Unterschied und kann keiner seyn zwischen erlaubten und unerlaubten Handlungen. Bei den erlaubten Handlungen können nachtheilige Folgen zu besorgen und bei den unerlaubten können sie es nicht seyn. Wer in Verrichtung einer erlaubten Handlung begriffen ist, kann in Beziehung auf die erfolgten Wirkungen in culpa, und derjenige, der in Verrichtung einer unerlaubten begriffen ist, in Beziehung auf diese Wirkungen ausser Schuld seyn. Auch die erlaubten oder gleichgültigen Handlungen werden durch die Folgen unerlaubt, die sie für andere hervorbringen, wenn der Handelnde sie in Betrachtung dieser Folgen hätte unterlassen oder wenigstens Vorsichtsmaßregeln dagegen hätte in Anwendung bringen müssen. Ist es nicht eine erlaubte Handlung z. B. ein Licht anzuzünden und brennen zu lassen? kann sie aber nicht strafbar werden, wenn dadurch eine Feuersbrunst erregt wird? Es muß daher die Handlung, auch die unerlaubte, von den Folgen, die sie zufällig hervorbringt, geschieden werden; nur die Handlung, nicht aber deren Folgen können dem Thäter auf die Rechnung gesetzt werden. Müßte Jemand alle Folgen seiner Handlungen auf sich nehmen, so würde er es müssen ohne Unterschied zwischen erlaubten und unerlaubten. Jetzt werden ihm nur die vorhergesehenen zur Last gelegt, um derentwillen er die Handlung hätte unterlassen müssen.

Wir sehen also, nach der Vernunft ist die aufgeworfene

Frage so zu beantworten: Wenn aus unerlaubten Handlungen Folgen entstehen, die nicht vorhergesehen werden konnten und um derentwillen Jemand keinen Grund hatte, die Handlung zu unterlassen, so kann Jemand zwar wegen der Handlung selbst, insofern sie bei Strafe verboten war, aber nicht wegen Folgen, die dem Zufall angehören, bestraft werden.

§. 7.

Fortsetzung.

Nach römischem Recht ist eine vom dolus verschiedene culpa nur vorhanden, wenn die Wirkung, die sich ereignet hat und das Gesetz verhütet wissen will, von einem behutsamen Menschen vorhergesehen werden konnte, keine culpa, wenn sich ereignet, was nicht vorhergesehen werden konnte [1]). Was man nicht vorhersehen konnte, gehört, wenn es

[1]) *L.* 30. §. 3. *D. Ad. legem Aquiliam.* In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam comburendae ejus causa, ignem immiserit: et ulterius evagatus, et progressus ignis alienam segetem, vel vineam laeserit: requiramus, num imperitia ejus, aut negligentia id accidit. Nam, si die ventoso id fecit, culpae reus est. Nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observabit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quae oportuit, observavit: vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa. — *L.* 31. *D. eod.* Si putator ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem praeteruntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi. Culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non possit, secundum quam rationem non multum refert per publicum an

sich ereignet, zum casus [2]). Das durch Vorsicht nicht Abzuwendende scheidet Zufall und Schuld [3]). Daß hier ein Unterschied Statt finden sollte zwischen erlaubten und unerlaubten Handlungen, davon findet sich keine Spur.

§. 8.

Bei allem dem haben jene Alten, welche annehmen, daß aus unerlaubten Handlungen, wenn in Folge derselben ein Mensch das Leben verliert, ein strafbares homicidium hervorgeht, nicht ganz Unrecht. Denn, was weder der Vernunft, noch dem römischen Recht gemäß ist, läßt sich durch Berufung auf das canonische vertheidigen. Nach canonischem Recht kann man auf zweifache Art verschuldet seyn, einmal, wenn die Handlung an sich unerlaubt war; zweitens, wenn man bei einer erlaubten nicht mit der gehörigen Vorsicht zu Werke geht. Zur Straflosigkeit ist Beides neben einander erforderlich, daß Jemand nicht in re illicita begriffen und daß er nicht in culpa war. Das Vornehmen einer unerlaubten Handlung macht die in Folge dessen erfolgte Tödtung, wiewohl sie nicht beabsichtigt ward und nicht vorher-

per privatum iter fieret: cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit: dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem. Nam culpa ab eo exigenda non est: cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit. — L. 52. §. 3. D. Pro Socio.

2) *L. 6 C. de pign. actione.* Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonae fidei judicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae hujusmodi casu interierint, praestare non compellitur, nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, *ut amisso pignorum liberet debitorem.*

3) L. 49. D. de reg. jur.

gesehen werden konnte, zu einem strafbaren homicidium. Es gibt hiernach nach canonischem Recht ein homicidium, was nicht dolosum und nicht culposum, was eigentlich fortuitum und doch strafbar ist. Das canonische Recht selbst nennt es nicht *homicidium culposum*, wie die Ausleger thun, unterscheidet es vielmehr davon [1]). Es liegt dabei mißverstandenes römisches Recht zum Grunde, etwa §. 4. J. de lege Aquil. L. 9. §. 4. D. eod.; allein diese Stellen handeln nur von einem Schaden, der durch Unvorsichtigkeit gestiftet ist, und es erhellet daraus bloß, daß besondere Verhältnisse der Person und des Orts machen können, daß eine Schadensstiftung, die unter anderen Umständen zur culpa anzurechnen seyn würde, ausser Verantwortung ist. Das Erlaubte oder Unerlaubte der Handlung, woraus der Schade entstand, kam hier nicht in Betrachtung, sondern die eigene oder grössere Schuld des Beschädigten.

---

[1]) Cap. 8. 12. 13. 15. 22. X. de homicidio.

VII.

Betrachtungen über den Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen.

(Im April 1836.)

§. 1.

Vom Unterschiede zwischen dem Vertrage und dem letzten Willen.

Zu einem Vertrage gehört bekanntlich Uebereinstimmung des Willens Mehrerer; der Wille des Einen genügt nicht. Hierin pflegen die Rechtsgelehrten den Unterschied zwischen dem Vertrage und dem letzten Willen zu setzen. Allein, dieser Unterschied ist mehr Schein, als Wirklichkeit; wenn man die Sachen in der Nähe betrachtet, verschwindet er. Freilich, wenn der letzte Wille für sich betrachtet und ein unvollkommenes Geschäft einem vollkommenen entgegengesetzt wird, ist der Unterschied zwischen einem letzten Willen und einem Vertrage mit Händen zu greifen. Bei jenem vereinigt sich der Wille Mehrerer zu einem Willen; bei diesem ist nur ein einfacher Wille des Einen vorhanden, welcher einseitig erklärt, auch einseitig geändert werden kann, während jener unwiderruflich ist. Allein, wiewohl ein letzter Wille von den Rechtsgelehrten, wie von den römischen Gesetzen, als ein für sich bestehendes, bald gültiges, bald ungültiges, Geschäft betrachtet wird, ist er im Grunde nur der Anfang eines Geschäfts, welches erst bei dem Erben durch den übereinstimmenden Willen desselben zu seiner Vollkommenheit gelangt. Es ist nur die eine Hälfte des Geschäfts, die der

Erblasser hergibt; die andern muß der Erbe hinzuthun. Daher ist ein Testament, aus welchem der darin ernannte Erbe nicht Erbe wird, weil er nicht Erbe seyn will, oder weil er es nicht seyn kann, weil er vor dem Testator oder zwar nach dessen Tode, jedoch ehe er die Erbschaft angetreten, gestorben ist, vergebens gemacht; es ist jetzt für nichts zu rechnen und der Erblasser als intestatus zu betrachten [1]). Die Verordnung des Erblassers bedeutet nichts, wenn nicht der Erbe auf das darin liegende Erbieten eingeht und mit dem Willen des Erblassers der Wille des eingesetzten Erben sich vereinigt. Ernennt uns Jemand zum Erben, so hat er bloß die Frage an uns gestellt, ob wir seine Erben seyn wollen. Der eingesetzte Erbe ist noch nicht Erbe; es hängt aber von seinem Willen ab, es zu werden. Die Erbschaft ist ihm angeboten; um sie zu erlangen, muß er die Hand darnach ausstrecken. Dasselbe gilt auch, wenn das Gesetz Jemanden zum Erben ernennt und dadurch für denjenigen ein Testament macht, der es unterlassen hat, sich selbst eins zu machen. In allen Fällen muß der Erbe — Erbe seyn wollen; er muß die Erbschaft antreten. Erst dann wird er Erbe und erwirbt er die Erbschaft. Nicht der Wille des Erblassers allein, nicht das Gesetz, welches ihn zur Erbschaft beruft, allein macht ihn zum Erben; er selbst muß sich dazu machen.

Ein übereinstimmender Wille Mehrerer gehört also auch zu diesem Geschäft, eben so gut, wie zu einem Vertrage, und

---

[1]) Pr. et §. 2. J. Quibus modis testam. infirm. Si nemo subiit hereditatem, lehrt Paulus, omnis vis testamenti solvitur. L. 181. D. de reg. juris. Und Pomponius: si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt. L. 9. D. de testam. tutela.

was Javolenus von Verträgen lehrt, daß ein beiderseitiger Wille zusammentreffen müsse und ausserdem das angefangene Werk nicht zu Stande kommen könne, läßt sich auch auf Verfügungen eines Verstorbenen, die seinen Nachlaß betreffen, anwenden [2]). Der Unterschied zwischen beiden besteht bloß darin, daß jenes in der Erbeseinsetzung liegende Erbieten erst nach dem Tode des Erblassers an den Erben gelangt, daß es erst jetzt und noch jetzt in den Willen des Letzteren gestellt wird, ob er davon Gebrauch machen will oder nicht. Ein Vertrag würde auf diese Art gar nicht zu Stande kommen können, weil der Wille mit dem Tode aufgehört hat und folglich keine Annahme desselben mehr möglich ist. Aber anders ist es beim letzten Willen. Einseitig, wie er beim Leben des Erblassers erklärt und einem blossen nicht geäusserten Vorsatz gleich ist, kann der Erblasser bei seinem Leben seinen Willen zu jeder Zeit ändern, und der Grundsatz des römischen Rechts: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum [3]) ist in der Natur der Sache wohl gegründet und auf Erbeseinsetzung, wie auf Vermächtnisse anwendbar. Er würde aber auch — auf Verträge anwendbar seyn, wenn man das Erbieten von der Annahme desselben trennte. Solange der Andere, dem es gemacht wird, das Erbieten nicht angenommen hat, kann es zurückgenommen werden. Wenn derjenige,

---

[2]) *L. 55. D. de obl. et act.* In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum, quod inchoatur, non potest.

[3]) L. 4. D. de adim. vel transfer. leg.

von dem das Erbieten ausging, seinen Willen geändert hat, folglich das nicht mehr will, was er früher wollte, ist es nicht möglich, daß der Wille eines Anderen mit dem seinigen sich zu einem Willen vereinigen, folglich ein Vertrag zu Stande kommen könnte.

§. 2.

Erwerb der Erbschaft nach römischem Recht.

Abgesehen vom heres suus, der, ohne daß man ihn darum fragt, durch das Gesetz zum Erben gemacht, erst von einem besonderen beneficio Gebrauch machen muß, wenn er der Erbschaft entledigt seyn will, stellt das römische Recht über den Erwerb der Erbschaft Grundsätze auf, die, wenigstens größten Theils, mit denjenigen übereinstimmen, welche, wie ich glaube, die Natur der Sache an die Hand gibt.

Es unterscheidet beim freiwilligen Erben die angefallene und die erworbene Erbschaft; die erstere ist die Voraussetzung der letzteren. Damit wir eine Erbschaft erwerben können, muß sie uns angefallen seyn; wirklich erwerben wir sie, wenn wir, — unter gewissen Voraussetzungen, wovon in der Folge die Rede seyn wird, — Erben seyn oder m. a. W. die Erbschaft erwerben wollen. Der Wille zu erben, — die voluntas acquirendae hereditatis, — wie er sich durch Worte oder Handlungen offenbart, ist zum Erwerb der Erbschaft erforderlich. Der Verstorbene oder statt seiner das Gesetz wollte, daß dieser Erbe seyn sollte, und er will es seyn; dadurch wird er Erbe. Der Grund des Erbrechts ist also, nächst dem Gesetz, als der letzten Quelle allen Rechts, der mit dem Willen des Verstorbenen übereinstimmende Wille des Erben.

Diese Uebereinstimmung ist auch in Ansehung des Objects erforderlich, so daß der Erbe gerade das, wovon der

Erblasser will, daß er es haben soll, gleichfalls haben wollen, daß er das ihm Dargebotene in seinem ganzen Umfange annehmen, alles oder nichts begehren muß, daß er selbst nicht weniger annehmen und sogar, wenn ihm mehrere Theile zugewandt sind, nicht den einen annehmen, den anderen aber ausschlagen kann, obgleich er Miterben hat, denen das zu Theil werden könnte, was er verschmäht [1]). Eine theilweise geschehene Antretung der Erbschaft oder des uns zugewandten Theils findet also nicht Statt, und das römische Recht stellt sogar den Grundsatz auf: der zur Erbschaft Berufene erwirbt sie ganz, sobald er auch nur einen Theil erwerben will [2]).

Die Antretung der Erbschaft muß unbedingt geschehen [3]). Die Rechtsgelehrten pflegen dieß aus der Natur eines actus legitimus herzuleiten, dergleichen die Antretung der Erbschaft nach L. 77. D. de reg. jur. ist, und Leyser [4]) schließt daraus, daß sie gegenwärtig unter Bedingung angetreten werden könne. Allein jener Grundsatz läßt sich schon aus der Natur der Sache herleiten. Denn, wie dürfte der eingesetzte Erbe bei Annehmung der Erbschaft Bedingungen machen, von denen der Verstorbene, indem er ihm die Erbschaft anbot, nichts erwähnt hätte. Es würde ja an der Uebereinstimmung des Willens fehlen, die zum Wesen des Geschäfts gehört. Indem der Erblasser dem Erben die Erbschaft anbot, hat er sie ihm unbedingt, wenigstens ohne diese Bedingung, angeboten, und unbedingt muß er sie annehmen. Nach dem Willen des Erblassers oder des Gesetzes sollte er

---

[1]) L. 1. et 2. D. de acq. vel am. hered.

[2]) L. 10. D. de acq. vel am. her.

[3]) L. 51. §. fin. D. h. t.

[4]) Spec. 370. med. 9.

Erbe seyn, aber nicht unter dieser Bedingung. Gesetzt der Erblasser lebte noch und fragte den, der ihn beerben soll; Willst du mein Erbe seyn? oder, soll mein Vermögen das deinige seyn? und dieser antwortete: Ja, aber nur unter der Bedingung, — — müßte dann nicht jener, wie bei einem Vertrage, sich darüber erklären, ob er sich diese Bedingung gefallen lassen wolle? —

Da der Wille, zu erben, zum Erwerb der Erbschaft erforderlich ist, so erwerben wir sie nicht, wenn wir sie auf Geheiß eines Anderen oder für einen Anderen antreten, der für den Erben gehalten wird, während wir selbst zur Erbschaft berufen sind [5]); denn für ihn konnten wir, für uns wollten wir die Erbschaft nicht erwerben. Es fehlte, wenigstens damals, der Wille, zu erben, der freilich in der Folge hinzukommen kann, vorausgesetzt, daß der Erbe beim Leben bleibt.

Ausser dem Willen, zu erben, ist zum Erwerb der Erbschaft nichts erforderlich. Das neueste römische Recht stellt den Grundsatz auf: nuda voluntate extraneus heres sit [6]). Eine Erbschaft antreten heißt nichts, als den Willen haben eines Verstorbenen, dessen Nachlaß uns angeboten wird, Erbe zu seyn. So lange dieser Wille nicht vorhanden, ist der zum Erben Eingesetzte noch nicht Erbe; er kann es nur werden. Das römische Recht deutet dieß namentlich in dem Grundsatz an, den es aufstellt: Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis *futuri*, sed defuncti [7]).

---

[5]) L. 6. §. 4. D. de acq. vel am. hereditate.

[6]) §. 7. J. de heredum qual. et diff. L. 4. C. Unde legitimi.

[7]) §. 2. J. de hered. instit. L. 31. §. 1. D. de her. instit. L. 34. L. 61. D. de acq. rer. dom. L. 13. §. 2. D. Ad leg. Aquil. L 15.

Erklärt wird der Wille, zu erben, entweder mündlich oder schriftlich, vor Gericht und aussergerichtlich; auch durch eine sonst ungültige Handlung, wenn nur der Wille, Erbe zu seyn, daraus hervorgeht [8]). Denn darauf kömmt es allein nur an.

Nicht nöthig ist es, daß der Wille gegen eine bestimmte Person, noch auf eine bestimmte Art, selbst nicht in der Absicht, damit Andere davon unterrichtet werden, erklärt sey; es ist genug, daß der Wille, zu erben, sich durch Worte oder Handlungen an den Tag gelegt hat, so daß man aus diesen Worten oder Handlungen den Willen als vorhanden erkennt. Erbe wird man nicht durch die Worte oder Handlungen, sondern durch den Willen, und durch die Worte oder Handlungen erkennt man das Daseyn des Willens; wobei es sich von selbst versteht, daß, solange dieser Wille sich nicht äusserlich offenbart hat, er als vorhanden nicht anzunehmen ist. Könnte man den Willen ohne Worte und Handlungen erkennen, würde es selbst deren nicht bedürfen.

Von dem Willen, die Erbschaft anzutreten, unterscheiden die Alten den blossen geäusserten Vorsatz, die Erbschaft antreten zu wollen; nur durch jenen wird, nach ihnen, die Erbschaft actu erworben, wiewohl besondere Umstände uns berechtigen können, anzunehmen, daß unter jener Aeusserung eine gegenwärtige Erbschaftsantretung gemeint sey [9]). Es

---

D. de. interrogat. L. 9. C. Depositi. Es heißt zwar bei Pomponius: transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet (L. 24. D. de novat.); allein dieß Letztere ist zu verstehen unter der Voraussetzung, daß er in der Folge die Erbschaft antreten wird. *Vinn.* ad §. 2. J. de hered. instit. nr. 1.

[8]) *Lauterbach.* Coll. theor. pract. tit. de acq. hered. §. 14.

[9]) *Lauterbach* c. l.

ist aber sehr die Frage, ob diese Unterscheidung gegründet sey. Ich rede nicht von Fällen, da Jemand über die Antretung der Erbschaft im Zweifel ist. Wenn er aber entschieden die Absicht hat, sie anzutreten, kann er da wohl den Vorsatz haben, sie anzutreten, wenn er nicht den Willen hat, Erbe zu seyn, wenn er nicht die Erbschaft im Allgemeinen schon jetzt begehrt, welches zur Antretung hinlänglich ist. Wenigstens ist jene Unterscheidung, wenn sie auch an sich gegründet wäre, dem römischen Recht nicht gemäß, wie sich ergeben wird, wenn, wie nun sogleich geschehen soll, von der gestio pro herede gehandelt wird.

§. 3.
Von Handlungen eines Erben.

Der Wille, zu erben, wird gewöhnlich nicht ausdrücklich erklärt, sondern spricht sich in Handlungen aus. Das Vornehmen solcher Handlungen bildet die gestio pro herede. An und für sich sind alle Handlungen, die der zur Erbschaft Berufene mit dem Willen, zu erben, vornimmt, tauglich, ihn zum Erben zu machen [1]). Auf die Handlung selbst kömmt es hier nicht an, sondern auf den Willen, zu erben, der möglicherweise mit Handlungen aller Art verbunden seyn kann [2]).

[1]) L. 20. D. de acq. vel am. hered.

[2]) — Pro herede gerere, non esse facti, quam animi. — L. 20. pr. D. h. t. *L.* 21. §. 1. *D. de acq. vel. am. hered.* Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati: utputa si re non hereditaria quasi heres usus sit. *L.* 88. *D. eod.* Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium: unde et si domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit, cujus possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est, et si alienam rem, ut hereditariam, possedisset.

Nur sind nicht alle Handlungen tauglich, den Schluß auf den Willen, zu erben, zu rechtfertigen, und die es sind, sind es nicht alle in gleichem Grade.

Zu den Handlungen, welche nach römischem Recht die Vermuthung erwecken, daß der Handelnde Erbe seyn wolle, gehört namentlich die Erfüllung der Bedingung, unter welcher er zum Erben eingesetzt ward. Zwar, unter den römischen Rechtsgelehrten war Labeo einer entgegengesetzten Meinung. Er zweifelte nicht daran, daß der eingesetzte Erbe, der die vorgeschriebene Bedingung erfüllt, den Willen hat, Erbe zu seyn; aber er glaubte, wie es scheint, daß dieser Wille nicht ausreicht, sondern daß er sich schon als wirklicher Erbe betragen müsse. Eine solche Meinung konnte sehr wohl entstehen, besonders, wenn man sich an die Ausdrücke hält, deren die Sprache sich hier bedient. Denn das *hereditatem adire*, wie unser antreten, scheint anzudeuten, daß der Erbe sich an die Erbschaft machen, daran gehen, die erbschaftlichen Güter als die seinigen behandeln müsse, ehe man sagen kann, er habe sie angetreten. Allein, es war doch nur eine besondere Meinung des Labeo; andere Rechtsgelehrte, namentlich Proculus und Javolenus, hielten den Willen, wie er durch Worte und andere Handlungen, und namentlich durch diese, zu erkennen gegeben wird, für hinlänglich.

L. 62. pr. D. de acq. vel am. hered.

Antistius Labeo ait, si ita institutus sit, *si juraverit, heres esto*, quamvis juraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia jurando voluntatem magis suam declarasse

videatur. Ego puto, satis eum pro herede gessisse, si ut heres juraverit: Proculus idem: eoque jure utimur

Mir scheint es jedoch, es folge aus der Erfüllung der Bedingung nicht nothwendig, daß Jemand Erbe seyn will; vielmehr will er vorläufig bloß das Hinderniß entfernen, was dem Anfall und dem Erwerb im Wege steht; er will sich bloß erst fähig machen, die Erbschaft, wenn es ihm so gefallen sollte, antreten zu können, nicht aber, sie schon sogleich antreten. Indessen ist hier auch nicht von demjenigen die Rede, was aus gewissen Vordersätzen mit Nothwendigkeit folgt, sondern, was glaubwürdig ist.

Man kann aber einen anderen Einwurf machen, nämlich, daß der Grundsatz verletzt wird, den das römische Recht aufstellt, daß man eine Erbschaft nicht eher antreten kann, als bis sie uns angefallen ist; nun ist die Erbschaft vor Erfüllung der Bedingung uns nicht angefallen, folglich kann sie für jetzt von uns nicht angetreten werden. Zur Beseitigung dieses Einwurfs muß man, ganz im Geiste des römischen Rechts, annehmen, daß Beides sich in demselben Moment vereinigt, der Anfall und der Erwerb der Erbschaft. Der eingesetzte Erbe macht durch dieselbe Handlung die Erbschaft anfallen und erwirbt die angefallene. Auf allen Fall wird vorausgesetzt, daß er in der Absicht handelt, den Willen des Erblassers und die vorgeschriebene Bedingung zu erfüllen, was Javolenus auch durch die Worte:

> Ego puto, satis eum pro herede gessisse, si *ut heres* juraverit,

anzudeuten scheint. Denn, wenn er bloß die Handlung vornimmt, die der Erblasser zur Bedingung gemacht hat und die er ja auch ohne diese Veranlassung hatte vornehmen kön-

nen, mit welchem Recht will man ihm dann die Absicht unterlegen, die Erbschaft anzutreten?

Ein anderer hier nicht mit Stillschweigen zu übergehender Fall ist dieser: Wenn der Vater dem neben ihm zum Erben eingesetzten Hauskinde oder Sclaven die ihm zugewandte Erbschaft, oder vielmehr den ihm zugewandten Theil derselben, anzutreten befiehlt, hat er eben dadurch, weil eine Erbschaft nicht theilweise erworben werden kann, die Erbschaft auch für seinen eigenen Theil angetreten [3]). Was Pomponius, Marcellus, Julianus, und Paulus von dem Fall übereinstimmend lehrten, da Jemand einem Anderen aufgetragen hat, zunächst für sich die Erbschaft zu seinem Theil anzutreten, wie viel mehr muß dieß gelten, wenn Jemand dem Anderen aufgetragen hat, die Erbschaft für ihn, den Auftragenden selbst, anzutreten [4]). Wir können daher aus jener Stelle überhaupt die Regel ableiten, daß durch den blossen Auftrag zur Antretung der Erbschaft die Erbschaft angetreten wird; es bedarf nicht der Ausrichtung des Auftrages, damit derjenige Erbe wird, der es durch Ertheilung des Auftrags schon zuvor war. Wenn also Jemand zu Handlungen eines Erben, z. B. zum Verkauf erbschaftlicher Sachen, einem Dritten den Auftrag gibt, würde er eben dadurch die Erbschaft schon angetreten haben. Dieß stimmt nun ganz mit den Grundsätzen überein, die Proculus und Javolenus hegten, daß nämlich der

---

[3]) *L. 26. D. de acq. vel am. hered.* Si ego et servus meus, vel filius heres institutus sit, si jussero filio, vel servo adire, statim et ex mea institutione me heredem esse Pomponius scribit, idem et Marcellus probat, et Julianus. — *Averan.* Interpret. lib. 1. cap. 11. §. 4. Westphal über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 149.

[4]) *Averan.* Interpret. c. l. nr. 15.

blosse Wille, zu erben, zum Erwerb der Erbschaft hinlänglich ist, und es nicht erst einer Befassung mit den zur Erbschaft gehörigen Sachen, keiner Handlungen eines schon wirklichen Erben bedarf. Zugleich wird aber auch bestätigt, was ich früher erwähnte, daß nicht die auf Antretung gerichtete äussere Handlung es ist, wodurch man die Erbschaft erwirbt, sondern der Wille, zu erben, dessen Daseyn in diesem Fall durch **Gebung des Auftrages zur Antretung** erkannt wird. Wäre es die äussere Handlung selbst, so könnte der Erwerb der Erbschaft erst mit dem Augenblick seinen Anfang nehmen, da der Auftrag ausgerichtet ist.

Besonders gehören zu den Fällen der gestio pro herede und verdienen vorzugsweise diesen Namen alle diejenigen, **da der Erbe in Ansehung der erbschaftlichen Güter Handlungen vornimmt, die nur dem wirklichen Erben gebühren.** Bei einem Anderen würde das Vornehmen solcher Handlungen nicht in Betrachtung kommen; wenn aber derjenige, dem eine Erbschaft angefallen ist und der dieß weiß, dergleichen Handlungen vornimmt, wenn er, welcher den Beruf hat, zu erben, handelt, wie ein Erbe; dann gewinnt die Sache ein anderes Ansehen; es läßt sich wenigstens rechtfertigen, wenn das Gesetz aus dergleichen Handlungen Schlüsse ableitet, die dem Handelnden nachtheilig sind. Wer z. B. etwas annimmt, was ihm durch den Erblasser zugewandt war, wenn er es nicht etwa als Vermächtniß annehmen kann, ist Erbe [5]). Ferner liegt Erbschaftsantretung darin, daß der zur Erbschaft Berufene sich mit den zur Erbschaft gehörigen Sachen befaßt, sie gebraucht, selbst wenn

[5]) *L. 20. §. 4. D. de acq. vel am. her.* — Itaque tunc pro herede geri dicendum esse ait, quotiens accipit, quod citra nomen et jus heredis accipere non poterat.

sie nicht wirklich zur Erbschaft gehören, er es jedoch glaubt [6]), wenn er sie veräussert oder vernichtet [7]), den zur Erbschaft gehörigen Sclaven in Freiheit setzt [8]), die Gläubiger des Verstorbenen befriedigt [9]), gegen die Schuldner oder auf Auslieferung der Erbschaft klagt [10]) u. s. w.

In Fällen dieser Art wird der zur Erbschaft Berufene, welcher Handlungen eines Erben vorgenommen hat, als Erbe betrachtet, wenn er nicht etwa, als er die Handlung vornahm, gegen die Absicht, zu erben, sich verwahrt hat [11]), oder, daß er eine andere Absicht dabei gehegt habe, glaublich machen kann. Denn ganz sichere Merkmale einer bestimmten Absicht, so sichere als Worte, sind Handlungen nicht. Der Handelnde hat nur bis zum Beweise des Gegentheils eine gesetzliche Vermuthung gegen sich. Wenn er sich mit erbschaftlichen Sachen befaßt hat, kann es z. B. seyn, daß es bloß in der Absicht geschehen ist, die Sachen dem Erben und sich selbst, wenn er vielleicht sich entschliessen möchte, die Erbschaft anzutreten, zu erhalten; wenn er Sachen, die zur Erbschaft gehörten, verkaufte, so wollte er vielleicht sich dadurch um den Erben verdient machen, weil diese Sachen, wenn sie nicht verbraucht wurden, dem Verderben ausgesetzt waren u. s. w. [12]). Und wer heimlich Güter nimmt, die zur Erbschaft gehören, zeigt eben dadurch an, daß er nicht Erbe seyn will [13]).

---

6) L. 21. §. 1. D. eod. L. 88. D. eod.

7) §. fin. J. de heredum qual. et diff.

8) L. 42. §. 2. D. de acq. vel am. heredit.

9) L. 2. C. de jure deliberandi.

10) L. 20. §. 2. D. de acq. vel am. heredit.

11) L. 20. §. 1. D. eod.

12) L. 20. §. 1. D. de acq. vel am. heredit.

13) *L. 21. pr. D. h. t.* Si quis extraneus rem hereditariam quasi

Die Handlungen selbst, woraus der dem Erben nachtheilige Schluß hergeleitet werden soll, müssen, wenn sie bestritten werden, die Gläubiger oder Vermächtnißnehmer beweisen [14]) und soweit, um jenen Schluß zu begründen, die Kenntniß gewisser Umstände nöthig ist, auch diese Kenntniß. Wenn z. B. der eingesetzte Erbe sich mit erbschaftlichen Sachen befaßt hat und man daraus den Willen, zu erben, herleiten will, so muß er doch vor allen Dingen gewußt haben, daß diese Sachen zur Erbschaft gehören [15]) und er zur Erbschaft berufen sey.

Hingegen diejenigen Handlungen, die der eingesetzte Erbe auch vornehmen konnte, ohne deshalb Erbe seyn zu wollen, erwecken nicht die Vermuthung, daß er die Absicht gehegt habe, die Erbschaft anzutreten [16]). Hier muß vielmehr bewiesen werden, daß er sie als Erbe vornahm, oder daß der Wille, zu erben, die Handlung hervorgebracht oder sie begleitet habe [17]). Der Sohn z. B., den der Vater zum Erben ernannt und ihn ersucht hatte, seine Sclaven frei zu lassen, und der sie darauf wirklich frei ließ, hatte sich deshalb nicht mit der väterlichen Erbschaft befaßt [18]). Die Sclaven konnte er aus Achtung gegen den Willen des Vaters und auch ohne diese Veranlassung frei lassen. Eben so wenig läßt der Gebrauch von Sachen, die dem eingesetzten

---

subripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit; nam admissum contrariam voluntatem declarat.

[14]) *Hofacker* Princ. jur. Rom. tom. 2. §. 1441.

[15]) L. 87. pr. de acq. vel am. heredit.

[16]) L. 20. §. 2. 3. 4. D. h. t. L. 42. §. 3. D. eod. L. 73. D. eod. L. 78. D. eod.

[17]) Zur Bestätigung dessen könnte wohl dienen L. 42. §. 3. D. de acq. vel am. heredit.; auch wohl L. 78. D. eod.

[18]) L. 42. §. 3. D. h. t.

Erben mit dem Verstorbenen gemeinschaftlich gehörten, wenn jener nicht die Schranken seines Gebrauchsrechts überstiegen hat, auf den Willen zu erben schliessen [19]. Der blosse Umstand, daß der zur Erbschaft Berufene den Verstorbenen beerdigen ließ, ist nicht tauglich, den Willen, Erbe zu seyn, daraus herzuleiten, und am Wenigsten, wenn es von den nächsten Angehörigen geschieht [20].

Zusatz.

Ich komme noch einmal auf die Frage zurück, ob in der Erfüllung der Bedingung von Seiten des Erben eine Antretung der Erbschaft enthalten sey. Im §. selbst ward bemerkt, daß Labeo dieß geläugnet habe, aber nicht bloß Labeo, sondern auch Julianus war der Meinung, daß durch die blosse Erfüllung der Bedingung die Erbschaft nicht angetreten wird; sondern daß Antretung der Erbschaft eine Handlung sey, die, von der Erfüllung der Bedingung geschieden, auf sie folgen muß [1].

So muß auch Pomponius gedacht haben, weil nach ihm ein Mündel eine ihm aufgelegte Bedingung ohne Auctorität des Vormundes erfüllen kann [2], welches nicht möglich wäre, wenn in der Erfüllung der Bedingung eine Antre-

---

[19]) L. 78. D. h. t.

[20]) L. 14. §. 8. D. de religiosis.

[1]) *L. 13. D. de conditionibus instit.* Ei, qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet.

[2]) *L. 26. D. eod.* Si pupillus sub conditione heres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris auctoritate parere potest. Idemque est et si legatum ei sub conditione relictum fuerit: quia conditione expleta, pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.

tung der Erbschaft enthalten wäre; und aus einer Stelle des Ulpianus [3]) ist zu ersehen, daß man eine Erbschaft ausschlagen kann, nachdem man die Bedingung erfüllt hat, unter welcher man zum Erben ernannt war, welches abermals der Fall nicht seyn könnte, wenn in der Erfüllung der Bedingung eine Antretung der Erbschaft enthalten wäre. Dabei ist merkwürdig, daß Ulpianus ausdrücklich von einer, mit der Absicht, dem Willen des Verstorbenen zu gehorchen, geschehenen Erfüllung der Bedingung spricht; nach ihm wird für das Erste die Erbeseinsetzung dadurch nur zu einer reinen gemacht, die Erbschaft aber noch nicht angetreten.

§. 4.

Voraussetzungen des Erwerbes. Anfall der Erbschaft.

Damit wir eine Erbschaft erwerben können, muß sie uns bereits angefallen seyn [1]). Im Voraus kann man keine Erbschaft antreten. Angefallen ist sie uns, wenn es von uns abhängt, sie durch Antretung zu der unsrigen zu machen. Hereditas delata dicitur, lehrt Terentius Clemens, quam quis potest adeundo consequi [2]). Besser und treffender kann das, was hier erforderlich ist, nicht ausgedrückt und in wenigeren Worten alles, was dem Erwerb vorhergehen muß und zum Erwerb vorausgesetzt wird, nicht zusammengefaßt werden. Vor allen Dingen ist erforderlich:

---

[3]) *L. 1. §. 1. D. de causa data, causa non secuta.* Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere.

[1]) *L. 21. §. 2. D. de acq. vel am. heredit.* Sed ita demum pro herede gerendo adquiret hereditatem, si jam sit ei delata. Caeterum ex quibus causis repudiantem nihil agere dicimus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quicquam agere sciendum est.

[2]) L. 151. de verb. sign.

1. daß der zu Beerbende gestorben sey. Beim Leben des zu Beerbenden kann man die Erbschaft nicht antreten [3]); viventis non est hereditas. Sobald aber der zu Beerbende gestorben ist, kann, wenn sonst kein Hinderniß eintritt, die Erbschaft auf der Stelle angetreten werden [4]);

2. daß, wenn Jemand durch einen letzten Willen zum Erben eingesetzt ist, es unbedingt geschehen sey. Ist Jemand unter Bedingung eingesetzt, so versteht es sich, daß ihm die Erbschaft nicht anders und nicht eher angefallen ist, als bis die Bedingung in Erfüllung gegangen ist und er sie, solange dieß nicht geschehen ist, durch Antretung nicht erwerben kann [5]). Die Bedingung muß aber nicht bloß erfüllt werden, sie muß auch bei seinem Leben erfüllt werden. Geht die Bedingung erst nach seinem Tode in Erfüllung, so fällt die Erbschaft an den gesetzlichen Erben und wenn er nur in einen Theil der Erbschaft eingesetzt war, sein Antheil an den Miterben [6]). Die Erbschaft war in diesem Fall dem eingesetzten Erben gar nicht angefallen, viel weniger von ihm erworben. Daher ist es eben so gut, als wenn er gar nicht zur Erbschaft berufen wäre.

3. Sind Mehrere nach einander zur Erbschaft berufen, so ist sie jedem erst angefallen und kann von ihm angetreten werden, wie die Reihe an ihm ist. Daraus folgt:

a. Da die Erbfolge nach dem Willen des zu Beerbenden den Vorzug vor der gesetzlichen hat, so kann der gesetzliche Erbe die Erbschaft nicht antreten, so lange der im Te-

---

[3]) L. 27. D. de acq. vel am. hered.

[4]) L. un. §. 1. C. de caduc. toll.

[5]) L. 32. §. 1. D. de acq. vel am. heredit. L. 49. §. 1. D. de heredibus instituendis.

[6]) L. 59. §. 6. D. de hered. instit.

stament ernannte sie antreten kann [7]). Vorausgesetzt wird dabei, daß der letztere in einem gültigen Testament zum Erben ernannt ist. Wenn er dann nicht zur Erbschaft gelangt, weil er z. B. stirbt, ehe denn er die Erbschaft angetreten, oder weil er sie ausgeschlagen hat, kurz, wenn das Testament destitutum wird, so fällt die Erbschaft dem gesetzlichen Erben erst an, ex quo certum est, nullum ex testamento heredem exstiturum [8]). Nun erst ist in diesem Fall dem gesetzlichen Erben die Erbschaft angefallen, nun erst ist er zur Erbschaft berufen. Selbst, wenn der gesetzliche Erbe im Testament zum Erben eingesetzt ist und er die Erbfolge aus dem Gesetz derjenigen aus dem Testament vorzieht, müßte er, wenn man es genau nehmen wollte, erst der letzteren entsagen, um zu der ersteren zu gelangen. Indessen, indem er die Erbschaft aus dem Gesetz antritt, ist es so anzusehen, als hätte er eben dadurch auf die testamentarische Erbfolge zuvor Verzicht geleistet [9]).

b. Eben so kann unter mehreren vermöge ihrer Verwandtschaft mit dem Verstorbenen zur Erbschaft Berufenen der Entferntere die Erbschaft nicht antreten, so lange ein Näherer sie antreten kann [10]).

c. Hat der Verstorbene mehrere Personen nach einander zu Erben ernannt, so ist dem nachgesetzten Erben die Erbschaft erst angefallen, und er kann sie erst antreten, wenn der eingesetzte weggefallen ist [11]). Der Richter kann auf Ver-

---

[7]) *L. 39. D. de acq. vel am. heredit.* Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

[8]) §. 6. J. de leg. agnat. succ. L. 2. §. 5. et 6. D. de suis et leg. hered. L. 1. §. 6. et 7. D. Unde cognati.

[9]) L. 77. D. de acq. vel am. heredit.

[10]) L. 30. §. 1. D. de acq. vel am. heredit.

[11]) L. 3. D. de acq. vel am. heredit. L. 69. D. eod.

langen des nachgesetzten dem eingesetzten eine Frist vorschreiben, damit er sich über die Antretung der Erbschaft erkläre, wenn es der Erblasser nicht etwa gethan hat [12]).

§. 5.

Fortsetzung.

Von dem Anfall der Erbschaft kehren wir zu dem Erwerb zurück, der nach der Ordnung auf den Anfall folgt. Der Erwerb geschieht, wie gesagt, durch die Antretung der Erbschaft oder den Willen, Erbe zu seyn. Damit Jemand diesen Willen haben könne, ist es nicht genug, daß die Erbschaft ihm angefallen ist, er muß es auch und mit Sicherheit wissen. Wenn Jemand nicht weiß, daß er zur Erbschaft berufen sey, kann er vernünftigerweise den Willen nicht haben, sie zu erwerben, und vollends können Handlungen, aus denen der Wille, Erbe zu seyn, hergeleitet werden soll, nur dann diesen Schluß rechtfertigen, wenn der Erbe von dem Anfall unterrichtet war. Daher genügt es nicht, daß der zu Beerbende gestorben ist, der zur Erbschaft Berufene muß auch davon unterrichtet seyn [1]). Glaubt er, er lebe noch, so hilft ihm die Antretung nicht, selbst wenn er schon gestorben war [2]). Daher ist es nicht hinlänglich, daß die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, unter welcher Jemand zum Erben eingesetzt ward; der Erbe muß auch erfahren haben, daß sie erfüllt sey [3]). Es ist auch nicht hinlänglich, daß er im Allgemeinen weiß, daß die Erbschaft ihm angefallen sey; er muß auch, zwar nicht nothwendig die Größe seines Erbtheils [4]), wohl aber die Ursache kennen,

[12]) L. 69. cit.

[1]) L. 19. D. de acq. vel am. heredit.

[2]) L. 32. D. eod.

[3]) L. 21. D. de cond. et demonstrat.

[4]) L. 5. §. 2. D. Si pars hered. pet.

aus welcher ihm die Erbschaft ganz oder zum Theil angefallen ist und sich hierüber in keinem Irrthum befinden. Glaubt er, der zu Beerbende sey ohne Testament verstorben und er ab intestato zur Erbschaft berufen, da er doch im Testament zum Erben ernannt ist, so gilt die Antretung nicht [5]). Ueberhaupt machen Irrthum und Zweifel über Daseyn, Aechtheit, Gültigkeit des Testaments, über die Fähigkeit des Erblassers, ein Testament zu errichten, überhaupt über den Anfall und die Art desselben, also am Ende über das Recht, die Erbschaft anzutreten, die Antretung selbst ungültig [6]). Papinian gibt die allgemeine Rechtsregel: In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi *vera* et *certa* scientia perfici possunt [7]).

§. 6.

Folgen der Erbschaftsantretung.

So lange die Erbschaft nicht angetreten ward, ist alles, was der zu Beerbende in seinem letzten Willen verordnet hat, in suspenso [1]). Erst durch die Antretung wird der Erbe zum Erben, und wie es so anzusehen war, als habe der Verstorbene im letzten Augenblick seines Lebens dem Erben den Antrag gemacht, Erbe zu seyn, also wird nun auch der Wille des Erben mit dem Willen des Verstorbenen vereinigt, als hätte er ihn sogleich beim Tode des Erblassers zu erkennen gegeben. Zu welcher Zeit der Erbe die Erb-

---

[5]) L. 22. D. de acq. vel am. heredit.

[6]) L. 30. §. 4. 5. et 7. L. 32. §. 1. et 2. L. 33. L. 34. pr. et §. 1. L. 46. L. 51. pr. L. 86. §. 1. h. t.

[7]) L. 76. D. de reg. jur.

[1]) §. 1. J. de Atiliano tutore *Vinn.* ad h. t. §. 1. nr. 2.

schaft immerhin antreten mag, es wird so angesehen, als hätte er sie gleich beim Tode des Erblassers angetreten; die Antretung wird auf den Zeitpunct des Todes zurückgerechnet [2]).

Ist er Erbe geworden, so bleibt er es auch und kann der Erbschaft sich nicht nach Belieben wieder entschlagen. Es hing von seinem freien Willen ab, die Erbschaft anzutreten [3]); Niemand zwang ihn dazu; hat er sie aber einmal angetreten, so hilft es ihm nicht, wenn er Verzicht darauf leisten wollte. Nur wenn der Erbe minderjährig war, kömmt der Prätor ihm, der die Erbschaft angetreten, wie dem suus heres, der sich mit der Erbschaft befaßt hat, folglich von dem beneficio abstinendi weiter keinen Gebrauch machen kann, gegen die Antretung der schädlichen Erbschaft durch restitutio in integrum zu Hülfe, während der Unmündige schon ipso jure dagegen geschützt ist [4]). Ohne das ausserordentliche Mittel der Restitution bindet, der

---

[2]) *L. 54. D. de acq. vel am. heredit.* Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. *L. 28. §. fin. D. de stipulat. servorum.* Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit? *Proculus* negavit, quia is eo tempore extraneus est: *Cassius* respondit posse, quia qui postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse, quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit. Manifestum igitur est, servi stipulationem ei adquiri. *L. 138. D. de reg. jur.* Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. *L. 193. D. eod.* Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.

[3]) L. 16. C. de jure deliberandi.

[4]) §. 5. J. de hered. qualit. et differentia. L. 11. et L. 57. D. de acq. vel am. heredit. L. 3. et 4. C. de repud. heredit.

Regel nach, die Antretung an die Erbschaft, und wenn er gleich der damit verknüpften Vortheile sich würde entschlagen können, kann doch der Erbe sich den Lasten, die damit verbunden sind, nicht wieder entziehen. Er kann es eben so wenig, wie man von einem Vertrage zurücktreten kann. Liegt darin nicht die Bestätigung, daß auch hier die Vereinigung des Willens Mehrerer dem Geschäft das Daseyn und die verbindliche Kraft gibt? Wäre der Wille des Erben das, wofür die Rechtsgelehrten ihn auszugeben pflegen, ein einseitiger, was würde ihn zurückhalten, davon wieder abzugehen?

So viel ist wenigstens gewiß, daß die römischen Rechtsgelehrten die Antretung der Erbschaft auf ein Contractsverhältniß zurückführten. Man wird sagen, ein Contract werde hier auch geschlossen, aber nur *quasi* und mit den Vermächtnißnehmern. Ein wirklicher Contract bestehe nicht zwischen dem Erben und den Vermächtnißnehmern [5]). Durch die Antretung der Erbschaft sey der Erbe *quasi ex contractu* verbunden, den Vermächtnißnehmern das ihnen Vermachte zu entrichten. Allerdings stellt Justinian in den Institutionen die Sache so dar [6]), und hierauf beruht

---

[5]) *L. 5. §. 2. D. de obl. et act.* Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu, neque ex maleficio obligatus esse intelligitur, nam neque cum defuncto, neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intelligitur: maleficium autem nullum in ea re esse, plus quam manifestum est.

[6]) §. 5. *J. de obl., quae quasi ex contractu nasc.* Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) et tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur

die Lehre der Rechtsgelehrten über die Verbindlichkeit des Erben zur Entrichtung der Vermächtnisse und die deshalb anzustellende persönliche Klage. Indessen ist nirgends gesagt, daß jenes dem Contract ähnliche Geschäft mit den Vermächtnißnehmern geschlossen wird. Es könnte auch wohl so anzusehen seyn, als würde es von Seiten des Erblassers mit dem Erben, namentlich auch zum Besten der Vermächtnißnehmer, geschlossen. Die römischen Rechtsgelehrten reden auch da von einem Contract, der durch Antretung der Erbschaft geschlossen wird, wo gar nicht von Vermächtnissen die Rede ist; sie reden davon ganz im Allgemeinen [7]).

§. 7.

Fortsetzung.

Durch die Antretung der Erbschaft wird der eingesetzte oder vom Gesetz berufene Erbe, was er bisher nicht war, wirklicher Erbe. Die Erbschaft sammt allem, was hinzugekommen, ist nun die seinige [1]). Er folgt dem Verstorbenen nach in alle seine Rechte und Verbindlichkeiten, die nicht ausnahmsweise auf seine Person beschränkt sind [2]).

---

[7]) *L. 3. §. 3. D. Quibus ex causis in possessionem eatur.* Si pupillus heres exstiterit alicui, exque ea causa legata debeat, videndum est, an huic edicto locus sit: magisque est, ut *Marcellus* scribit, etiam pupilli posse bona possideri, esseque in arbitrio hereditariorum creditorum, quid potius eligant. Etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem. *L. 4. D. eod.* Sed et is, qui miscuit se, contrahere videtur.

[1]) L. 20. §. 3. D. de hered. pet. L. 50. §. 1. D. de rei vind.

[2]) L. 24. D. de verb. sign. L. 59. D. de reg. jur. L. 62. D. eod.

— Nur dieselben Rechte gehen auf den Erben über, nicht mehr [3]) und nur dieselben Verbindlichkeiten. — Er muß daher auch für die Handlungen des Erblassers aufkommen, insofern dadurch Verbindlichkeiten gegen Andere begründet sind [4]). Nicht bloß das Eigenthum der einzelnen zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sachen geht auf ihn über, sondern auch alle übrigen dinglichen und persönlichen Rechte [5]). Dagegen ist er den Gläubigern des Erblassers, auch über die Kräfte der Erbschaft, verhaftet [6]), muß die Vermächtnisse entrichten und überhaupt den Willen des Erblassers erfüllen [7]). Hingegen der Besitz, da er kein Recht, sondern ein Zustand ist, geht von dem Einen auf den Andern, folglich auch von dem Erblasser auf den Erben, nicht über; diesen muß er sich selber verschaffen. Daher lehrt Javolenus

L. 23. pr. D. de poss.

Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.

Obgleich nun hiedurch nothwendig eine Zwischenzeit entstehen muß, da die zur Erbschaft gehörigen einzelnen Sachen von Niemanden besessen werden (denn die liegende Erb-

[3]) *L. 120. D. de reg. jur.* Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit.

[4]) *L. 149. D. de reg. jur.* Ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum praestare debet.

[5]) L. 37. D. de acq. vel am. heredit.

[6]) L. 8. D. de acq. vel am. heredit. L. 10. et 22. §. 1. C. de jure deliber.

[7]) Ob er den Vermächtnißnehmern auch über die Kräfte der Erbschaft verhaftet sey, s. *Pufendorf* obs. tom. 2. obs. 100.

schaft besitzt so wenig, als sie besessen wird [8]), so wird deshalb die vom Verstorbenen etwa angefangene Verjährung eben so wenig unterbrochen, als wenig sie auch nur einen Augenblick still steht. Nicht nur kann der Erbe seinen nach der Antretung erlangten Besitz mit demjenigen seines Vorgängers zusammenfügen, sondern auch in der Zwischenzeit von Zeit des Todes des Erblassers bis zur Antretung der Erbschaft, ja bis der Erbe selbst zum Besitz gelangt ist, hat die Verjährung ihren Fortgang, so daß sie selbst in dieser Zwischenzeit vollendet werden kann; die Zwischenzeit kömmt also dem Erben zu Gute, vorausgesetzt, daß kein Anderer sich in den Besitz gesetzt hat [9]); in Folge dessen empfängt der Erbe nach der Antretung in diesem Fall das vollendete Eigenthum, statt der conditio usucapiendi. Wenn nun gleich der Besitz selbst auf den Erben nicht übergeht, so geht doch das Recht auf den Besitz, ihn zu haben und sich zu verschaffen, das Recht auf Erlangung und Wiedererlangung desselben, auf den Erben über, soweit der Erblasser selber es hatte [10]). Er kann daher, obgleich er nicht zum Besitz gelangt ist, dingliche Klagen anstellen und namentlich sich gegen den Besitzer der rei vindicatio bedienen [11]). Alles

[8]) L. 1. §. 15. D. Si quis testam. libert.

[9]) L. 13. §. 5. D. de poss. L. 31. §. 5. L. 40. D. de usurpat. L. 6. §. 2. Pro emt.

[10]) Mit Recht bemerken die alten Rechtsgelehrten: Heres eo ipso, quod heres est, in omnia jura defuncti atque adeo in jus occupandi, adipiscendi, recuperandi possessionem succedit. *Mev.* P. 3. dec. 338. not. 2. *Brunnemann* ad L. 23. D. de poss. nr. 7. *Leyser* spec. 371. med. 4. et 5.

[11]) *L. 14. C. de jure delib.* Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure: licet res ex ejus bonis descendentes, non probatur tenuisse: heres tamen effectus, contra possidentes expe-

dieß folgt aus dem Grundsatz, daß alle Rechte des Verstorbenen auf den Erben übergehen, von selbst. Unter den Rechten gehen auch die dinglichen Rechte und ganz vorzüglich auch das Eigenthumsrecht auf den Erben über. Es ist zum Erwerbe des Eigenthums nicht nöthig, daß er den Besitz erlange; die Erlangung des Besitzes ist eine Wirkung, nicht die Bedingung seines Rechts. Eben so wenig wie die Fortdauer des Eigenthums beim Verstorbenen an die Bedingung des Besitzes gebunden war, dieses vielmehr, einmal erworben, auch ohne Besitz fortdauert, ist der Erwerb desselben von Seiten des Erben und die Geltendmachung vor Gericht vom Besitz abhängig.

Von dem Erben pflegt es in den Schriften der Rechtsgelehrten zu heißen, er trete in die Stelle des Verstorbenen, mache mit ihm nur eine Person aus, stelle ihn wiederum dar. Der Erbe folgt, wie gesagt, dem Verstorbenen nach in seine Rechte und Verbindlichkeiten und was, wie ich glaube, noch mehr sagen will, *in omme jus;* er tritt in sein gesammtes Rechtsverhältniß; in Hinsicht auf alles, was auf das Recht Beziehung hat, vertritt er seine Stelle, und in dieser Hinsicht ist es, der Regel nach, wahr, daß er in (Verhältnissen des Privatrechts) mit ihm nur eine Person ausmacht. Namentlich gilt dieß von der Verjährung, bei welcher er dem Verstorbenen, — wie die alten Rechtsgelehrten sich auszudrücken pflegen, — in seine Tugenden und Fehler nachfolgt [12]), so daß er verjähren

riri potest. *L.* 50. §. 1. *D. de rei vind.* Sed heres de eo quod hereditati obvenerit, recte aget, etiam si possessionem ejus adhuc non habuerit.

[12]) §. 7. J. de usucap. L. 43. D. eod. L. 11. C. de acq. poss.

kann, wenn der Verstorbene es konnte, und umgekehrt nicht verjähren, wenn z. B. wegen fehlerhaften Anfanges seines Besitzes, der Verstorbene dazu nicht im Stande war; er kann nicht einmal, was doch der successor singularis kann, eine Verjährung ex sua persona anfangen, wenn er etwa auf eine accessio possessionis keine Ansprache machen wollte; es ist vielmehr in Hinsicht auf die Verjährung alles eben so, als lebe der Verstorbene noch und setze selbst den Besitz fort [13]). In Folge dessen ist, wenn der Erblasser selbst schon zum Besitz gelangt und er auch nur zu Anfange desselben in bona fide war, die eigene mala fides des Erben diesem unschädlich [14]); sie ist als mala fides superveniens anzusehen [15]); und seine eigene bona fides hilft ihm nicht, wenn der Erblasser zu Anfange seines Besitzes in mala fide war; — welches alles gerade nur eine Folge davon ist, daß er dem Verstorbenen in omne jus nachfolgt [16]); woraus denn offenbar erhellt, daß dieser Ausdruck mehr sagen will, als ein blosses Nachfolgen in Rechte und Verbindlichkeiten. — Fände hier ein völliges Einrücken in die Stelle des Anderen Statt, so müßte ja auch der Besitz des Erblassers, welcher gar nicht gestorben wäre, sondern in dem Erben fortleben würde, fortdauern. Justinian [17]) bestätigt jene Lehre in ihrer ganzen Allgemeinheit nicht. Es heißt bloß: cum utique nostris videtur legibus unam *quodammodo* esse personam heredis et defuncti.

---

[13]) *Vinn.* ad §. 7. J. de usucap. nr. 5.

[14]) L. 43. pr. D. de usurpat. L. 2. §. 9. Pro emt.

[15]) Westphal über die Arten der Sachen §. 566.

[16]) L. 11. D. de div. temporal. praescript.

[17]) Nov. 48. praef.

§. 8.
Fortsetzung. Transmission der angetretenen Erbschaft.

Stirbt der Erbe, nachdem er die Erbschaft angetreten hat, so versteht es sich, daß er die Erbschaft, welche die seinige geworden ist, zugleich mit seinem übrigen Vermögen, womit sie sich vermischt hat, seinem Erben hinterläßt. Der Erbe des Erben würde nicht einmal, wenn er wollte, die Erbschaft von dem übrigen Vermögen, mit dem es zusammen ein Ganzes ausmacht, trennen können, eben so wenig, wie überhaupt ein Erbe die Erbschaft oder die ihm zugewandten Theile derselben zerstückeln, sie von einander trennen und, während er einen Theil annimmt, den anderen verschmähen kann [1]). Wohl aber können bisweilen Andere, nämlich die Gläubiger des Verstorbenen und die Vermächtnißnehmer, wenn über das Vermögen des Erben Concurs ausbricht, begehren, daß von dem eigenen Vermögen des Erben dasjenige, was von dem Verstorbenen an ihn gelangt ist, getrennt wird und sie davon vor den eigenen Gläubigern des Erben, wie sehr sie auch sonst begünstigt seyn mögen und obwohl ihnen von Seiten des Erben eine Hypothek bestellt ist, befriedigt werden [2]), welches als ein besonderes ihnen verliehenes beneficium, als eine Ausnahme von der Regel des Rechts, die Regel selbst, nämlich daß an sich das beiderseitige Vermögen in eins verschmolzen ist, bestärkt.

Es findet also eine s. g. Transmission der Erbschaft von Seiten des Erben auf den Erben Statt. Indessen ist

---

[1]) L. 1. et 2. D. de acq. vel am. heredit.

[2]) L. 1. pr. et §. 1. 2. 3. L. 6. D. de separat.

diese Transmission oder dieß transmittere nichts dem Uebergange vom Erben zum Erben Eigenthümliches, wiewohl die Rechtsgelehrten den Ausdruck nur in diesem Sinne zu gebrauchen pflegen. Zunächst hinterläßt schon der Erblasser dem Erben die Erbschaft, — transmittit in eum hereditatem, — dann hinterläßt sie, vorausgesetzt, daß er sie überhaupt erworben hat, der erste Erbe, zugleich mit seinem übrigen Vermögen, dem zweiten. Daher kann man sagen, der Erbe eines Verstorbenen werde auch der Erbe desjenigen, den sein Erblasser beerbte. Schon die Alten gaben die Regel: Heres mei heredis etiam meus heres est, die fast wörtlich schon im römischen Recht enthalten ist [3]). Es findet daher auch namentlich eine accessio possessionis ex persona defuncti für den Erben des Erben Statt [4]). Hingegen die bloß angefallene, noch nicht angetretene Erbschaft befindet sich nicht im Vermögen des Erben und wird folglich von ihm nicht auf einen Anderen vererbt. Daher die Regel: Hereditas nondum adita non transmittitur [5]). Auf alle Arten freiwilliger Erben findet diese Regel Anwendung, und wenn der nachgesetzte Erbe stirbt, ehe der vorgesetzte weggefallen und die Erbschaft ihm angefallen und von ihm angetreten ist, steht diese Regel auch

[3]) L. 7. §. 2. *D. de acq. vel am. heredit.* In omni successione, qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem.

[4]) *L.* 2. §. 18. *Pro emt.* Etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nactus non sit,

[5]) L. 7. C. de jure deliber. L. un. §. 13. C. de caducis toll. Selbst wenn einem verwaiseten Kinde unter sieben Jahren eine Erbschaft angefallen und keine Antretung erfolgt ist, weil das Kind ohne Vormund war oder der Vormund es versäumte, die Erbschaft anzutreten, findet die Regel Anwendung, und die dem Kinde ange=

dem Erben des nachgesetzten Erben entgegen [6]). Immer setzt die Transmission den Erwerb der Erbschaft voraus. Die vorher angeführte Regel: Heres mei heredis meus heres est kann hier keine Anwendung finden, weil der erste Erbe nicht Erbe geworden ist und folglich die Mittelsperson fehlt, die den zweiten Erben mit dem Erblasser in Verbindung setzte, und eben so wenig kann der Erbe des Erben eine Erbschaft antreten, die zwar seinem Erblasser, deshalb aber nicht ihm angeboten war. Eben so wenig würde der Erbe auf ein Geschenk Ansprache machen oder eine Schenkung annehmen und fordern können, worüber der Erblasser hingestorben wäre, ehe er sie angenommen hätte. Gesetzt indessen, es hätte der erste Erbe das ihm Zugewandte oder einen Theil desselben auf den zweiten durch einen letzten Willen vererbt oder vermacht, so würde es dem zweiten zu Theil werden; denn eben in jener Disposition würde eine Antretung der Erbschaft von Seiten des ersten Erben enthalten seyn. Es würde hier folglich eine Transmission der angetretenen Erbschaft Statt finden [7]).

---

fallene und von ihm nicht angetretene Erbschaft ist, wenn es in diesem Alter stirbt, für dasselbe und seine Erben verloren (L. 18. §. 3. C. de jure deliber). Von dem Fall, da das Kind unter der väterlichen Gewalt stand und der Vater es überlebt, in welchem Fall die s. g. transmissio Valentiniana Statt findet, wird hernach die Rede seyn.

[6]) L. 81. D. de acq. heredit.

[7]) Von einem Fall dieser Art ist zu verstehen *L. 6. C. de jure deliber*. Si avia tua patrem tuum ex duobus unciis scripsit heredem, ex sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. Igitur, si testamento suo easdem uncias ad te pertinere decreverit, apud rectorem provinciae duarum unciarum jus persequi poteris.

§. 9.

Transmission der nicht angetretenen Erbschaft. *Transmissio ex jure suitatis — Theodosiana — Valentiniana — Justinianea — ex capite restitutionis in integrum.*

Es gibt Fälle, in welchen, ginge es der Regel nach, keine Transmission Statt finden würde; sie findet aber dennoch *ex jure singulari* Statt.

1. Zuvörderst kann die Regel: Hereditas nondum adita non transmittitur, auf den suus heres von selbst keine Anwendung finden, da die Erbschaft ipso jure auf ihn übergeht und es zum Erwerb derselben keiner Antretung von seiner Seite bedarf. Er wird von selbst suus heres, auch wenn von einer Erbschaft die Rede ist, die ihm nicht durch das Gesetz zugefallen ist, sondern durch das Testament des Vaters, unter dessen Gewalt er sich befand [1]). Er muß nur nicht vom beneficio abstinendi Gebrauch machen. Unter dieser Voraussetzung wird die ihm angefallene und von ihm erworbene Erbschaft nebst seinem übrigen Vermögen seinem Erben zu Theil.

2. Nach einer Verordnung des Kaisers Theodosius hinterlassen Kinder, die von ihren Eltern zu Erben eingesetzt sind, die Erbschaft, obgleich sie selbige nicht angetreten, ja den Anfall nicht einmal erfahren haben, ihren Kindern und Enkeln, und diesen wird der Nachlaß der Großeltern zu Theil, der ihren Eltern angefallen war [2]). Unter den Kindern, welche auf solche Art eine ihnen bloß angefallene Erbschaft ihren Kindern hinterlassen, können nur emancipirte zu ver-

---

[1]) L. 3. C. de jure deliber.

[2]) L. un C. de his, qui ante apertas tabulas.

stehen seyn, da es, was den suus heres betrifft, einer solchen Verordnung nicht bedurfte; und die Rechtsgelehrten beschränken sie auch darauf. Obgleich das gegen die Regel verstoßende Gesetz des Theodosius nur von dem Fall spricht, da die Kinder von den Eltern zu Erben eingesetzt sind, soll in den Gerichten die Meinung angenommen seyn, daß auch in Fällen, da die zu beerbenden Kinder zur Erbschaft ihrer Eltern ab intestato berufen waren, sie die angefallene Erbschaft auf ihre Kinder vererben. Zu dieser transmissio Theodosiana kömmt nun

3. *transmissio Valentiniana.* Für ein Kind unter sieben Jahren kann der Vater, unter dessen Gewalt das Kind sich befindet (und nach dem Tode desselben der Vormund) die Erbschaft antreten. Hat er es aber versäumt und das Kind stirbt in jenem Alter, so soll nichts desto weniger die Erbschaft dem Vater, als hätte das Kind sie bereits erworben, zu Theil werden [3]).

4. Nicht beschränkt auf gewisse Erben der Erben; sondern allen zu Gute kömmt die s. g. *transmissio Justinianea.* Nämlich Justinian verordnete, daß, wenn der durch Testament oder Gesetz berufene Erbe während der Deliberationsfrist, also intra annum, verstorben ist, nachdem er den Anfall der Erbschaft erfahren hat, ohne die Erbschaft angetreten zu haben, der Erbe desselben, so lange jene Frist noch nicht völlig verstrichen ist, das Recht haben soll, die Erbschaft anzutreten [4]). Man pflegt diese Erwerbart zu den Transmissionsarten zu rechnen, sie transmissio ex jure deliberandi zu nennen. Indessen wird die Erbschaft doch

---

[3]) L. 18. pr. C. de. jure deliber.

[4]) L. 19. C. de jure deliber.

nicht eigentlich transmittirt und der Erbe empfängt nicht, wie bei der Transmission, eine bereits erworbene Erbschaft, sondern bloß das Recht, sie zu erwerben. Eine wirkliche Transmission ist nur möglich, wenn der zu beerbende Erbe die Erbschaft wirklich erworben hat oder sie ihm zwar nnr angefallen war, aber ausnahmsweise angenommen wird, daß durch den blossen Anfall, ohne Zuthun des Erben, die Erbschaft in diesem Fall bereits von ihm erworben sey. Nur dann gelangt die Erbschaft, die des Erben geworden war, aus seiner Hand in die Hand des Erben, statt daß er bei der transmissio Justinianea an Stelle des Erben einen Erwerb macht, den dieser zu machen versäumt hat. Daher ist gerade diejenige Transmission, die Manche von den Arten der Transmission ausschliessen [5]), transmissio ex jure suitatis, ausser der regelmässigen, welche durch wirkliche Antretung der Erbschaft bewirkt wird, unter allen Ausnahmen am Entschiedensten eine echte Transmission.

Eher, als die transmissio Justinianea, kann zu den Arten der Transmission [5]) die von den Auslegern sogenannte *transmissio ex capite restitutionis in integrum* gerechnet werden. Es kann nämlich, nach der Lehre des Papinian [6]), wenn der Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erfahren hat oder er aus anderen Gründen behindert war, die Erbschaft anzutreten, der Erbe dieses Erben ex persona defuncti, also gegen die von Seiten des Verstorbenen nicht geschehene Antretung der Erbschaft, restitutio in integrum nachsuchen. Dieß ist etwas Ausserordentliches und es ist

---

[5]) Z. B. Höpfner Com. §. 546. Note 2. Hofacker Princ. jur. Rom. tom. 2. §. 1446.

[6]) L. 86. pr. D. de acq. vel. am. heredit.

mit dieser transmissio ex capite restitutionis in integrum auf solche Fälle zu beschränken, wovon in der Stelle des Papinian nur die Rede ist, da nämlich der zu beerbende Erbe in öffentlichen Angelegenheiten abwesend und aus dieser begünstigten Abwesenheit Grund zur restitutio herzunehmen war [7]).

Es macht übrigens einen sehr bedeutenden Unterschied, ob die Sache so anzusehen ist, als habe der Verstorbene die Erbschaft erworben, sie komme von ihm und er hinterlasse sie dem Erben, oder, ob bloß der Erbe das Recht hat, sie, statt des Verstorbenen, zu erwerben. In jenem Fall kann der Erbe des Erben die Erbschaft, die in das Vermögen des Erben übergegangen ist, von dem übrigen Vermögen desselben nicht trennen. Die Erbschaft wird ihm zwar nicht aufgedrungen; will er sie aber erwerben, muß er sie in ihrer ganzen, durch den Zuwachs der ersten Erbschaft vermehrten, Größe erwerben. Wie beide Erbschaften zusammen verschmolzen sind, sind sie als eine Erbschaft dem Erben des Erben angefallen, und diese ist, nach römischem Recht, in Hinsicht auf Antretung untheilbar. Hat aber der Erbe bloß das Recht, sie statt des Verstorbenen anzutreten, so beerbt er vielmehr den Verstorbenen, von dessen Nachlaß die Rede ist, als den Erben desselben. Statt eines Erblassers hat er deren zwei und eine doppelte Erbschaft ist ihm angefallen. Aber, beerbte er auch bloß den Erben und den Erblasser desselben nur mittelbar, so würde

---

7) *Jacob Voorda* interpret. jur. Rom. lib. 2. cap. 20. *Retes* opuscula lib. 7. (*Meermann* thesaurus tom. 6. p. 367). Westphal über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 274. Höpfner Com. über die Instit. §. 546. Note 4.

er doch, wenn sein Erblasser die ihm angefallene Erbschaft bei seinem Leben nicht schon erworben hatte und er, der Erbe, bloß das Recht hätte, sie statt seiner anzutreten, oder, statt seiner restitutio in integrum nachzusuchen, er würde immer nicht genöthigt werden können, von diesem Recht Gebrauch zu machen, und es käme also darauf zurück, — quod erat demonstrandum, — daß er beide Erbschaften von einander trennen könne.

Bei der transmissio Theodosiana und eben so bei der Valentiniana muß es nach der Art, wie beide hieher gehörige Gesetze sich darüber ausdrücken, so angesehen werden, als gelange die Erbschaft von dem Erben oder durch ihn an den Erben, oder, als sey sie eine von ihm dem Erben erwiesene Wohlthat; wohingegen sie, wenn keine Transmission Statt findet, ohne daß eine Mittelsperson zwischen ihnen steht, von dem Erblasser an den Erben gelangt. Bei der transmissio ex capite restitutionis in integrum würde es nun zwar ebenfalls so anzusehen seyn, als gelange sie durch den Erben an den Erben (des Erben); allein hier kömmt der Umstand in Betrachtung, daß es ein besonderes beneficium für den Erben (des Erben) ist, um die Restitution für seinen Erblasser nachzusuchen, und ihm der eigene Nachlaß desselben nicht entzogen werden kann, weil er es unterließ. Hätte er aber um diese Restitution nachgesucht und sie wäre ihm zu Theil geworden, dann, glaube ich, würde es, da er ex persona defuncti die Restitution gesucht und erhalten hat, auch in diesem Fall so anzusehen seyn, als habe der Verstorbene geerbt und die Erbschaft sammt seinem übrigen Vermögen auf ihn vererbt.

§. 10.

Ausschlagung der Erbschaft.

Das Entgegengesetzte von der Antretung ist die Ausschlagung der Erbschaft, und doch, so weit sie auch von einander abstehen, gelten von beiden dieselben Rechtsgrundsätze, so daß die Grundsätze von der Ausschlagung der Erbschaft, wenn sie sonst keinen Werth hätten, wenigstens dazu dienen würden, die Grundsätze von der Antretung zu erläutern, wenn es nöthig wäre, und sie zu bestätigen. Beide kommen darin zusammen, daß derjenige, dem eine Erbschaft angeboten ist, zwischen beidem zu wählen hat; er muß erben wollen oder nicht wollen. Dieselben Regeln, die vom Wollen gelten, müssen nun auch bei dem Nichtwollen anwendbar seyn. Beide sind sie Aeusserungen desselben Willens. Der die Erbschaft begehrt, will, daß sie die seinige, und der sie ausschlägt, will, daß sie eines Anderen, überhaupt nicht die seinige sey.

Das Ausschlagen, wie das Antreten, kann ausdrücklich und durch Handlungen an den Tag gelegt werden [1]). Nur der kann eine Erbschaft ausschlagen, der sie antreten kann [2]). Es ist dieß der Rechtsregel gemäß: Ejus est nolle, qui potest velle [3]). Daher kann der Unmündige nicht ohne Einwilligung des Vormundes [4]), das Hauskind nicht ohne Zustimmung des Vaters [5]) die Erbschaft ausschlagen. Beide müssen beim Ausschlagen, wie beim Antreten, ihren Willen vereinigen.

---

[1]) L. 95. D. de acq. vel am. heredit.

[2]) *L. 4. D. eod.* Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire. L. 18. D. eod.

[3]) L. 3. D. de reg. jur.

[4]) L. 5. C. de repud. hered.

[5]) L. 13. §. 3. D. de acq. vel am. heredit. L. 14. eod.

Um die Erbschaft ausschlagen zu können, muß man sich in der Lage befinden, sie antreten zu können [6]). Die noch nicht angefallene Erbschaft kann eben so wenig ausgeschlagen werden, als sie angetreten werden kann. Jenes Wählen, jener unentschiedene Zustand zwischen Wollen und Nichtwollen kann erst Statt finden, wenn die Gabe, wovon hier die Rede ist, uns angeboten ist. Die Ausschlagung gilt daher nicht, so lange der zu Beerbende am Leben ist, und wer auf die Erbschaft des Lebenden Verzicht geleistet hat, kann sie nach dessen Tode immer noch antreten [7]). Wer unter Bedingung zum Erben eingesetzt ist, kann vor Erfüllung der Bedingung der Erbschaft eben so wenig gültig entsagen, als er sie vor Erfüllung der Bedingnng antreten kann [8]). Selbst der gesetzliche Erbe, welcher im Testament unter Bedingung zum Erben eingesetzt ist, kann auf die gesetzliche Erbschaft erst Verzicht leisten, wenn die Bedingung ausgeblieben und also die gesetzliche Erbschaft ihm angefallen ist [9]). Ist der gesetzliche Erbe unbedingt zum Erben eingesetzt, so geht es indessen an, daß er sich zu gleicher Zeit der ihm durch das Testament und der ihm durchs Gesetz angefallenen Erbschaft begibt, weil es dann so anzusehen ist, als habe er zuerst auf die Erbschaft aus dem Testament und dann sogleich auch auf die gesetzliche Verzicht geleistet [10]). Sind Mehrere nach einander zur Erbschaft berechtigt, so kann jeder nur erst dann der Erbschaft entsagen, wie die Reihe an ihn gekommen ist, sie anzutreten. Daher kann der gesetzliche Erbe der Erbschaft nicht entsagen, so lange der im

---

6) L. 13. pr. D. eod.

7) L. 94. D. eod.

8) L. 13. pr. D. de acq. heredit.

9) L. 70. §. 1. D. h. t.

10) L. 77. D. eod. Ueber den Sinn dieser und der vorigen Stelle s. Westphal a. a. O. §. 261.

Testament Berufene erben kann [11]) und der vorgesetzte Erbe muß erst weggefallen seyn, wenn der nachgesetzte auf die Erbschaft Verzicht leisten will [12]).

Auch hier ist es nicht genug, daß dem Erben die Erbschaft angefallen ist, er muß es auch wissen und zwar mit Sicherheit wissen; er muß wissen, daß er zur Erbschaft berechtigt sey und es nur von ihm abhänge, die Erbschaft zu der seinigen zu machen; nur dann kann er die Erbschaft ausschlagen wollen, gleichwie er sie nur dann antreten wollen kann [13]). Zweifel, die er hegt, z. B. ob der zu Beerbende noch lebe oder gestorben, ob das Testament echt oder unecht, gültig oder ungültig sey, machen die Ausschlagung, wie die Antretung der Erbschaft, ungültig [14]). Dasselbe bewirkt der Irrthum; der Notherbe z. B., welcher sich für einen freiwilligen Erben hält, kann die Erbschaft nicht ausschlagen [15]).

Ist nun die Erbschaft ausgeschlagen, so findet keine Reue Statt. Einmal verschmäht, ist für sie immer verloren. Ad semel renunciata non amplius patet regressus [16]). Selbst hier treffen also Antretung und Ausschlagung der Erbschaft auf verschiedenen Wegen zusammen. So wie der Erbe von der Antretung nicht, kann er auch von der Ausschlagung nicht zurücktreten.

Wer aber bloß der testamentarischen Erbfolge entsagt

---

11) L. 70. pr. D. de acq. vel am. heredit.

12) L. 13. §. 2. D. eod.

13) L. 23. D. h. t.

14) L. 13. §. 1. L. 17. pr. D. h. t.

15) L. 15. D. de acq. vel am. heredit. Westphal über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 259.

16) *Ulp.* fragm. tit. 22. §. 29. L. 14. D. de Aedilit. Edicto. L. 4. C. de repud. hered.

hat, hat die Ansprache auf die gesetzliche nicht verloren. Man kann Beides von einander trennen, und der Erbe, der durch Testament und zugleich durch das Gesetz zur Erbschaft berufen ist, hat dadurch, daß er vermöge des Testaments zu erben verschmähte, die Erbfolge aus dem Gesetz noch nicht mit verschmäht [17]). Es wird nicht einmal eines ausdrücklichen Vorbehalts bedürfen. Die Entsagung ist strictae interpretationis und von Jedem anzunehmen, er habe von seinen Rechten so wenig, als möglich, aufgeben wollen. Indessen kann in einzelnen Fällen aus den Ausdrücken oder Umständen Verzichtleistung auf Beides herzuleiten seyn. Von Rechtswegen hat der gesetzliche Erbe, welcher im Testament zum Erben eingesetzt ist, und der, hiervon unterrichtet, als gesetzlicher Erbe entsagt, auf beide Arten der Erbfolge Verzicht geleistet [18]). Es folgt dieß aus dem Grundsatz, daß man eine Erbschaft nur antreten und einer Erbschaft nur entsagen kann, sobald sie uns angefallen ist. Wenn der eingesetzte Erbe die gesetzliche Erbschaft, zu der er nur gelangen kann, wenn er auf die durch das Testament ihm angefallene Verzicht geleistet hat, ausschlägt, gibt er eben dadurch zu erkennen, daß er die letztere, wie die erstere, verschmäht [19]).

---

[17]) L. 70. D. de acq. hered. L. 12. C. de jure deliber.

[18]) L. 17. §. 1. D. de acq. hered.

[19]) *Donell.* Com. l. 7. cap. 7. post lit. C. *Brunnemann* ad L. 17. §. 1. D. de acq. hered. *Struv.* syntagma. lib. 29. tit. 2. §. 34. nota v. Eine etwas andere Erklärung bei Westphal a. a. O. §. 262. — Seht hier die Art, wie die römischen Rechtsgelehrten zu Werke gingen! Haben sie erst einen gewissen Satz gefunden oder ist er ihnen gegeben, so geht es an ein Schliessen, und was nun, — nicht selten mit grossem Aufwande von Scharfsinn und Feinheit, — durch Schlüsse oder eine ganze Reihe von Schlüssen aus jenem Satz nur ir-

VI. 1. S

Endlich ergibt sich aus dem Vorhergehenden, daß eine Ausschlagung eines Theils des uns Zugewandten nicht möglich ist. Wer auch nur einen Theil davon erben will, erwirbt das Ganze [20]).

§. 11.
Erwerb der Vermächtnisse.

Die Grundsätze, die vom Erwerb der Erbschaft gelten, müßten auch auf Vermächtnisse anwendbar seyn. Was ist ein Vermächtniß anders, als eine Schenkung, die sich von einer gewöhnlichen donatio inter vivos oder mortis causa bloß dadurch unterscheidet, daß sie dem Empfänger erst angeboten wird, wenn der Geber schon gestorben ist. Lega-

---

gend herauszubringen möglich ist, sie holen es heraus und bauen auf solche Art aus kleinen Sätzen bisweilen grosse Systeme auf. — In diesem Fall mag der oberste Satz so gelautet haben: Eine Gabe kann man erst annehmen, wenn sie Einem angeboten ist. Daraus ist zu schliessen, folglich kann man eine Erbschaft erst antreten, wenn sie uns angefallen ist. Daraus folgt nun, daß man sie auch erst ausschlagen kann, wenn sie uns angefallen ist. Hieraus ergiebt sich wieder die Folge, daß man auf die gesetzliche Erbschaft nicht eher Verzicht leisten kann, als wenn die testamentarische weggefallen ist. Und hieraus ist wieder zu schliessen, daß auch dann, wenn der testamentarische Erbe mit dem gesetzlichen in derselben Person vereinigt ist, der Erbe erst auf die testamentarische und sodann auf die gesetzliche Erbfolge Verzicht leisten muß. Wenn er aber auf die gesetzliche Erbfolge Verzicht leistet, so ist daraus nun wieder der Schluß abzuleiten, daß er auch der testamentarischen sich begiebt, weil er zur gesetzlichen nicht eher gelangen, ihr gar nicht entsagen kann, als wenn er auf die testamentarische Verzicht geleistet hat.

[20]) L. 80. D. de acq. vel am. heredit.

tum est donatio testamento relicta, lehrt Modestinus [1]); eben so Justinian: Legatum est donatio quaedam, a defuncto relicta, ab herede praestanda [2]). Wie eine gewöhnliche Schenkung der Beschenkte annehmen, wie er beschenkt seyn wollen muß, also müßte auch hier erwartet werden, ob derjenige, der mit dem Vermächtniß bedacht ist, von dem guten Willen des Gebers Gebrauch machen wolle. Allein, das römische Recht erfordert hier keine Annahme; dem Vermächtnißnehmer wird das Vermächtniß zwar nicht aufgedrungen, es bedarf indessen keines auf den Erwerb gerichteten Willens, sondern es ist genug, daß er das Vermächtniß nicht zurückweist. Da man voraussetzt, daß jeder sein Vermögen gerne vermehrt und es ihm nicht schadet, zu haben, was er jeden Augenblick von sich werfen kann, so erwirbt er das Vermächtniß ipso jure, zwar nicht wider Willen, doch ohne Willen und selbst ohne von dem Vermächtniß einmal zu wissen [3]). Denn, da das Gesetz ihn zum Vermächtnißnehmer macht und es zum Erwerb des Vermächtnisses keines Willens von seiner Seite bedarf, so bedarf es auch keiner Kenntniß des Anfalls.

§. 12.

Fortsetzung.

In Hinsicht auf den Erwerb selbst ist hier zuvörderst des Unterschiedes zu gedenken, den das römische Recht zwischen *dies cedit* und *dies venit*, namentlich in Hinsicht auf Vermächtnisse, macht [1]). ***Dies cedit*** bezeichnet den Anfangs-

[1]) L. 36. D. de leg. 2.

[2]) §. 1. J. de leg.

[3]) L. 6. C. Quando dies leg. L. 77. §. 3. D. de leg. 2.

[1]) L. 213. pr. D. de verb. sign

punkt des Rechts. Sobald diese Zeit eingetreten ist, hat der Vermächtnißnehmer ein wohlbegründetes Recht auf das Vermächtniß, was ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden kann, wodurch sein Vermögen vermehrt wird und was, wenn er nun stirbt, auf seine Erben übergeht; er hat das Vermächtniß zu fordern, und diese seine Forderung kann, nachdem sie einmal begründet ist, auch von seinen Erben geltend gemacht werden. Hingegen heißt es: *dies venit*, wenn die Zeit gekommen ist, da der Vermächtnißnehmer verlangen kann, daß das vermachte Object ihm ausgeliefert und der Wille des Verstorbenen erfüllt werde. Das Letztere setzt das Erstere voraus und tritt unter dieser Voraussetzung mit dem Augenblick ein, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat [2]). Vor dieser Zeit kann das Vermachte nicht gefordert werden; dies legati non venit ante aditam hereditatem, wohl aber bisweilen erst nach ihr, wenn das *dies cedit*, was gewöhnlich der Antretung vorhergeht, auf sie oder das *dies venit* folgt.

Was das Erstere betrifft, so ist nun ausführlich von demjenigen zu handeln, was nach Verschiedenheit der Fälle nöthig ist, damit man sagen könne, der Vermächtnißnehmer habe das Recht auf das Vermächtniß erworben.

§. 13.

Fortsetzung.

Damit der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß erwerbe, ist vor allen Dingen erforderlich und conditio sine des zu machenden Erwerbes, er muß den Erblasser überleben und überhaupt den Zeitpunkt des zu machenden Erwerbes — mit

---

[2]) *Paul.* rec. sent. lib. 4. tit. 1. §. 14. L. 32. pr. D. de leg. 2. L. 7. pr. D. Quando dies leg.

dem Ausdruck des römischen Rechts die *cessio diei* — erleben [1]); der Erblasser wollte, daß es nach seinem Tode ihm, und bisweilen auch, daß es ihm dann erst unter gewissen Voraussetzungen zu Theil werden sollte. Hat er den Verstorbenen nicht überlebt oder sind jene Voraussetzungen nicht in Erfüllung gegangen, wenigstens nicht bei seinem Leben, ist die Bedingung nicht erfüllt, die ungewisse Zeit nicht gekommen, wenigstens nicht beim Leben des Vermächtnißnehmers, so erwirbt er das Vermächtniß nicht und hinterläßt das erworbene dem Erben nicht. Denn ihm, nicht seinem Erben, hat der Erblasser die Wohlthat zugedacht, die er erweisen wollte, und dem Erben kann das Vermächtniß aus keinem anderen Grunde zu Theil werden, als weil es bereits in das Vermögen des Vermächtnißnehmers übergegangen war. Es kömmt daher in Hinsicht auf Transmission, nach dem Ausdruck des römischen Rechts, alles darauf an, *an vivo legatario dies cessit.*

Das unbedingte Vermächtniß erwirbt der Vermächtnißnehmer sogleich mit dem Tode des Erblassers; eben so dasjenige, was ihm nach einer gewissen Zeit zu Theil werden soll, obgleich die Zeit noch nicht gekommen ist. Hierin ist der Vermächtnißnehmer dem Erben gleich; denn, wie dieser die unbedingt hinterlassene Erbschaft sogleich nach dem Tode antreten kann, also erwirbt jener, da es bei ihm keines auf den Erwerb gerichteten Willens bedarf, das unbedingte Vermächtniß sogleich ipso jure [2]), es müßte denn seyn, daß ausnahmsweise auch das erworbene Vermächtniß auf die

---

[1]) L. 5. pr. D. Quando dies leg. L. 13. eod. L. 1. §. 2. de cond. et dem.

[2]) L. un. §. 1. et 5. C. de caducis toll.

Erben nicht übergeht, wie der Nießbrauch, da es dann in diesem Falle erst, wenn die Zeit gekommen ist, erworben wird [3]). Ist aber das Vermächtniß unter Bedingung hinterlassen, so ist es nicht anders und nicht eher erworben, als bis die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, selbst, wenn sie von der Art ist, daß es nur von dem Vermächtnißnehmer abhängt, daß sie jeden Augenblick in Erfüllung geht, — wenn es also conditio potestativa ist [4]). Im Allgemeinen ist nicht erforderlich, daß die Bedingung nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung geht; es ist eben so gut, wenn das zur Bedingung gemachte Ereigniß sich noch bei seinem Leben zugetragen hat. Es kann sogar schon zu der Zeit geschehen seyn, da er die Bedingung vorschreibt. Nur, wenn er dieß damals schon gewußt hat, muß es wiederholt werden oder sich erneuern [5]); denn wer von der Zukunft redet, will sich natürlich mit dem Vergangenen nicht begnügen. Ist die Bedingung von der Art, daß der Vermächtnißnehmer eine gewisse Handlung vornehmen soll, so ist es nicht genug, daß er sie vornimmt, sondern er muß sie vornehmen, weil der Verstorbene sie ihm vorgeschrieben hat [6]). Der Verstorbene wollte, daß er sie in Folge seines ihm erklärten Willens, daß er sie auf sein Geheiß vornehmen solle. Es ist daher nicht genug, daß er unwissend den Willen des Verstorbenen erfüllt hat. — Was von einem Vermächtniß gilt, was unter Bedingung gegeben ist, dasselbe gilt von dem Vermächtniß, was

---

[3]) L. 5. §. 1. D. Quando dies leg.

[4]) L. 5. §. 2. D. Quando dies leg. L. 4. C. eod. L. 41. D. de cond. et dem. L. un. §. 7. C. de caducis toll.

[5]) L. 11. pr. D. de cond. et dem.

[6]) L. 2. D. eod.

unter Bedingung genommen ist; denn auch dieses ist als unter Bedingung gegeben anzusehen [7]. — Die Bedingung muß nicht bloß in Erfüllung gehen, sondern sie muß auch beim Leben des Vermächtnißnehmers in Erfüllung gehen. Geht sie erst nach seinem Tode in Erfüllung, dann erwirbt er das Vermächtniß nicht und hinterläßt es also auch dem Erben nicht [8]. Geht die Bedingung nicht in Erfüllung oder doch nicht beim Leben des Vermächtnißnehmers, so verbleibt das ihm Zugewandte bei dem Erben, dem die Last des Vermächtnisses aufgebürdet war, wenn nicht etwa der Verstorbene es für diesen Fall einem Anderen zugewandt oder auch jure accrescendi ein Anderer, der mit ihm zugleich zu demselben Object berufen ist, Ansprache darauf zu machen hat [9]. Das aber ist nicht nothwendig, daß die Bedingung beim Leben des Erben in Erfüllung geht; denn auch der Erbe des Erben ist verbunden, das Vermächtniß zu entrichten, worauf der Vermächtnißnehmer ein Recht erworben hat [10].

Dem unter Bedingung hinterlassenen ist dasjenige Vermächtniß gleich zu achten, dessen Erwerb von einer ungewissen Zeit abhängig gemacht ist. Dies incertus conditionem

---

[7]) L. 6. pr. D. Quando dies leg. L. 107. de cond. et dem.

[8]) L. 104. §. 1. D. de legatis 1. L. un. §. 7. C. de caducis toll.

[9]) L. un. §. 7. C. de caducis toll.

[10]) L. 65. D. de cond. et dem. Während die Bedingung im Schweben ist, darf der Erbe nichts vornehmen, wodurch das Recht des Vermächtnißnehmers, wenn es durch Erfüllung der Bedingung zur Vollendung gelangen möchte, beeinträchtigt wird. Verfügungen dieser Art gelten zum Nachtheil des Vermächtnißnehmers nicht und fallen über den Haufen, wenn die Bedingung erfüllt oder die ungewisse Zeit gekommen ist. L. 69. §. 1. D. de leg. 1. L. 105. D. de cond. et dem. L. 3. §. 2. et 3. C. Com. de leg.

in testamento facit [11]). Nämlich eine andere Bedeutung hat die ungewisse Zeit bei Verträgen, eine andere, wenn sie bei letztwilligen Dispositionen vorkömmt. Hier ist die Zeit nicht bloß ungewiß, wenn es ungewiß ist, ob sie überhaupt, sondern, wenn es auch nur ungewiß ist, wann sie kommen wird [12]); denn, obgleich sie nur im ersteren Fall ein eventus incertus ist und sie also nur in diesem ersteren Fall das Wesen einer Bedingung an sich hat, ist doch das ungewiß und ein eventus incertus, ob der Vermächtnißnehmer diese Zeit erleben wird [13]). Zu den Fällen, da es ungewiß ist, ob die Zeit überhaupt kommen wird, gehört namentlich, wenn dem Vermächtnißnehmer etwas in einem gewissen Alter zu Theil werden soll, weil es dann ungewiß ist, ob er dieß Alter erreichen wird [14]). Hingegen zu den Fällen der zweiten Art, wenn dem Vermächtnißnehmer etwas

[11]) L. 75. D. de cond. et dem. *L. un.* §. 7. *C. de caducis toll.* Si autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: exspectari oportet conditionis eventum, sub quo fuerit derelictum, vel diem: ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit. Quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non praevaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est: nisi et hic vel substitutus relictum accipiat, vel conjunctus, sive heres, sive legatarius, hoc sibi acquirat: cum certi juris sit, et in constitutionibus, et legatis, et fideicommissis, et mortis causa donationibus posse substitui.

[12]) L. 1. §. 2. D. de cond. et demonstr.

[13]) L. 79. §. 1. D. eod. *Averan.* Interpret. lib. 2. cap. 16. nr. 4. et 5.

[14]) L. 3. C. Quando dies leg. *Averan.* Interpret. lib. 2. cap. 16. nr. 3.

beim Tode des Erben zu Theil werden soll [15]. In diesem Fall muß er, um das Vermächtniß zu erwerben, nicht bloß den Erblasser, sondern auch den Erben überleben. Hingegen wird der Erwerb des Vermächtnisses dadurch nicht verzögert, wenn es auf den Tod des Vermächtnißnehmers gestellt wird [16], obgleich in diesem Fall so gut, wie in dem vorigen, die Ankunft des Tages ungewiß ist. Der Grund, warum dennoch zwischen beiden Fällen unterschieden wird, liegt darin, daß, wenn Jemanden etwas zu der Zeit, da er sterben wird, zu Theil werden soll, ein Tag bestimmt ist, der nothwendig und beim Leben des Vermächtnißnehmers kommen muß, folglich kein *dies incertus* ist; denn der Augenblick des Todes wird noch zum Leben gerechnet [17]. Man muß aber von einem betagten Legat dasjenige unterscheiden, dem bloß ein Tag hinzugefügt wird, da der Erbe es auszahlen soll. Es ist nach römischem Recht ein Unterschied, ob das Vermächtniß selbst durch eine hinzugefügte Zeit bedingt oder beschränkt ist, — von welchem Fall bisher die Rede war und welcher gewöhnlich gemeint ist, — oder ob bloß eine Zeit bestimmt ist, da es entrichtet werden soll. Eine Bestimmung der letzteren Art verschiebt das Vermächtniß selbst nicht in eine künftige gewisse oder ungewisse Zeit, sondern gewährt bloß dem Erben Frist, um sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen. Es wird daher sogleich mit dem Tode des Erblassers, gleich dem reinen und unbetagten, er-

---

[15]) L. 1. §. 2. D. de cond. et demonstr. L. 79. §. 1. D. eod. L. 4. et 13. D. Quando dies leg.

[16]) L. 79. D. de cond. et demonstr. L. 4. §. 1. D. Quando dies leg.

[17]) *Donell.* lib. 8. cap. 31. *Brunnemann* ad L. 79. D. de cond. et dem. *Averan.* Interpret. lib. 2. cap. 16. nr. 4.

worben [18]) — und diesem steht ein Vermächtniß gleich, was in diem certum hinterlassen ist. — Ein Vermächtniß, wobei bloß der *dies solutionis* verschoben wird, ist namentlich dann anzunehmen, wenn bestimmt ist, daß dem Vermächtnißnehmer bis zu einer gewissen Zeit das Vermächtniß verzinset und nach dem Eintritt derselben das Capital entrichtet werden soll [19]).

Die Antretung der Erbschaft ist auf den Erwerb des Vermächtnisses ohne Einfluß. Die noch nicht geschehene Antretung der Erbschaft verhindert zwar, daß die Auszahlung des Vermächtnisses noch nicht gefordert werden kann [20]), aber sie verzögert den Erwerb des Rechts auf das Vermächtniß, — die cessio diei, — nicht [21]). Erworben wird dieß Recht sogleich mit dem Tode des Erblassers und, wenn das Vermächtniß unter Bedingung oder ungewisser Zeitbestimmung hinterlassen war, sobald die Bedingung erfüllt oder die Zeit gekommen ist, gleichviel, ob der Erbe die Erbschaft schon angetreten hat oder noch nicht.

Die Grundsätze, die über den Erwerb der Vermächtnisse überhaupt gelten, finden auch namentlich Anwendung bei vermachten Jahrgeldern. Werden Jahrgelder vermacht, so sind es so viele Vermächtnisse, als Jahre, für welche das annuum gefordert werden kann, und für jedes neue Jahr hat der Vermächtnißnehmer ein neues annuum von dem Erben zu empfangen [22]). Er erwirbt daher die vermachten Jahrgelder nicht für alle Jahre auf einmal, sondern für jedes einzelne Jahr ein besonderes [23]), und muß

---

[18]) L. 5. C. Quando dies leg.
[19]) L. 26. §. 1. D. eod.
[20]) L. 32. pr. D. de leg. 2.
[21]) L. 7. pr. D. Quando dies leg.
[22]) L. 10. D. eod.
[23]) L. 12. pr. D. eod.

daher dieß Jahr, und wenigstens den Anfang desselben, erleben, um es für dieß Jahr zu erwerben und das erworbene seinen Erben zu hinterlassen [24]). Auch bei dem legato annuo gilt der Grundsatz, es wird nicht erst mit der Antretung der Erbschaft, sondern von Zeit des Todes erworben, und wenn auch die Erbschaft viele Jahre gelegen hat, ehe sie angetreten ward, hat der Vermächtnißnehmer für alle in der Zwischenzeit von ihm erlebten Jahre die vermachten Jahrgelder nachzufordern [25]).

---

[24]) L. 12 §. 1. D. Quando dies leg. L. 1. C. eod.

[25]) L. 12. §. 3. D. eod. Was vom Erwerb der Vermächtnisse gilt, dasselbe gilt auch vom Erwerb der Fideicommisse und namentlich auch der Universal-Fideicommisse. Dieß hat besonders auseinandergesetzt *Averani* Interpret. lib. 4. cap. 6. 7. 8. Geiger und Glück Rechtsfälle, erster Band, Nr. 7. S. 111. S. auch Westphal Darstellung der Lehre von Vermächtnissen und Fideicommissen, zweiter Theil §. 1619. imgl. §. 1850 und 1851. Der Fideicommissarius muß die cessio diei erleben; dann erwirbt er das Fideicommiß und hinterläßt es, wenn er stirbt, seinen Erben (L. 3. C. de fideicom. L. 21. C. eod.). Bei unbedingten oder in diem certum hinterlassenen Fideicommissen erwirbt er das Recht auf das ihm Zugewandte sogleich mit dem Tode des Erblassers; bei bedingten in dem Augenblick, da die Bedingung erfüllt ist (L. 109. D. de cond. et dem. L. un. §. 1. et 7. C. de caducis toll.). Die ungewisse Zeit hat auch hier die Kraft der Bedingung (L. 3. C. Quando dies leg. L. un. §. 7. C. de caducis toll.), und auch hier ist von dem Fall, da ihm ein Fideicommiß mit dem Eintritt einer ungewissen Zeit hinterlassen ist, ein anderer zu unterscheiden, da bloß die Herausgabe der zu restituirenden Erbschaft in eine ungewisse Zeit verschoben ist (L. 46. D. Ad C. Trebell.). Ein Fideicommiß ist namentlich in diem incertum hinterlassen, wenn es dem Fideicommissarius beim Ableben des Erben zu Theil werden soll (Geiger und Glück Rechtsfälle 1. Bd. Nr. 7. §. 13.). Daraus folgt, daß bei jedem fideicommisso ejus, quod superit, was so häufig, ja alle Tage vorkömmt, derjenige, dem die Erb-

§. 14.
Fortsetzung.

Wenn die Frage aufgeworfen wird, auf welche Art erwirbt der Vermächtnißnehmer das Eigenthum des ihm

---

schaft und was davon übrig seyn wird zu Theil werden soll, den Erblasser nicht nur, sondern auch den Erben überleben muß, daß erst mit dem Tode des Letzteren das Recht auf das Fideicommiß von ihm erworben und das nun erworbene seinem Erben hinterlassen wird. Stirbt der Fideicommissar vor der cessio diei, so verbleibt die Erbschaft bei dem Erben oder dem Erben des Erben, falls nicht ein Anderer dem Fideicommissar nachgesetzt ist oder jure accrescendi Ansprache darauf zu machen hat (L. 46. D Ad. SC. Trebell. L. un. §. 7. C. de caducis toll.). Wenn indessen Kindern von den Eltern ein Fideicommiß hinterlassen ist, so vererben sie es, auch wenn sie den Anfall nicht erlebt oder nicht erfahren haben, auf ihre Kinder; eine *transmissio Theodosiana* findet auch bei Fideicommissen Statt (L. un. C. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt). In einem Stück weicht jedoch der Erwerb der Vermächtnisse vom Erwerbe der Universalfideicommisse ab. Ein gesetzlicher Uebergang des Eigenthums unmittelbar von dem Erblasser auf den Fideicommissarius findet hier nicht, wie bei Vermächtnissen, Statt. Ein solcher Uebergang ist hier nicht möglich, da die Rechte des Erblassers zunächst auf den Erben übergehen und erst von diesem an ihn gelangen können. Zu diesem Ende bedarf es der Restitution (L. 63. pr D. Ad SC. Trebell.), die jedoch auch mit blossen Worten geschehen kann (L. 37. D. ad S.C. Trebell.). Sie macht ihn nicht zum Erben, setzt ihn aber an die Stelle des Erben (L. 44. §. 1. D. Ad S.C. Trebell. L. 1. et 2. D. de fideicom. hered. petit.), und daher gehören ihm die einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen von dem Augenblick an, da die Restitution geschehen ist, obgleich er den Besitz derselben noch nicht erlangt hat (L. 63. pr. D. Ad SC. Trebell.); gerade wie dem Erben die Rechte des Erblassers zustehen und folglich auch das Eigenthum der dazu gehörigen körperlichen Sachen, obgleich er den Besitz derselben noch nicht erlangt hat, sobald nur die

vermachten Objects, so muß man unterscheiden, ob ein Genus oder eine Quantitas — oder ob eine bestimmte körperliche Sache, eine Species, vermacht ist. Im letzteren Fall geht das Eigenthum der vermachten Species ipso jure auf ihn über. Die vermachte Species wird auch ohne Uebergabe die seinige (wiewohl er sie deshalb dem Erben oder wer sie sonst besitzt nicht eigenmächtig nehmen darf, eben so wenig, wie in anderen Fällen, da ein Anderer unsere Sachen uns vorenthält, wir uns selbst helfen dürfen); das Eigenthum gelangt nicht durch Vermittelung des Erben an den Vermächtnißnehmer, sondern geht unmittelbar und geraden Weges auf den Vermächtnißnehmer über [1]). Schlägt er das Vermächtniß aus, so hat sie ihm nie gehört [2]). Hingegen im ersteren Fall ist kein gesetzlicher Uebergang des Eigenthums möglich; der Vermächtnißnehmer kann nur durch Uebergabe das Eigenthum der Sache erwerben, weil das Object seines Rechts noch nicht bestimmt ist [3]). Indessen steht ihm beim legato generis bekanntlich das Recht zu, zwischen den mehreren in der Erbschaft vorhandenen Sachen dieser Art sich eine auszuwählen [4]), und wenn er von diesem Recht Gebrauch gemacht hat, ist es eine Species, die er zu fordern hat, und es muß, glaube ich, dasselbe gelten, was in dem

---

Erbschaftsantretung geschehen ist, welcher die Restitution zu vergleichen ist (L. 65. pr. D. Ad SC. Trebell.).

[1]) L. 80. D. de leg. 2. L. 64. in fine. D. de furtis. L. 2. C. Quando dies leg.

[2]) L. 81. §. 6. L. 86. §. 2. D. de leg. 1.

[3]) *Carpzov* dec. 300. no. 22. *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. de leg. §. 41.

[4]) §. 21. J. de leg. L. 108. D. de leg. 2. L. 2. §. 1. D. de opt. vel elect. leg.

Fall gilt, da ihm ursprünglich eine Species vermacht ist. — Die Wahl kann erst geschehen, nachdem die Erbschaft angetreten ist, und ist ungültig, wenn sie vorher geschehen [5]). —

Eine andere Frage ist es und zwar eine streitige, von welcher Zeit an nimmt das Eigenthum des Vermächtnißnehmers, dem eine Species vermacht ist, seinen Anfang? Der Umstand, daß die Erbschaft noch nicht angetreten ist, hindert den Erwerb des Rechts auf das Vermächtniß nicht; es scheint daher, daß dieser Umstand auch auf den Uebergang des Eigenthums ohne Einfluß sey. Wirklich pflegen die Rechtsgelehrten von dem Uebergange des Eigenthums dasselbe, was vom Erwerbe des Vermächtnisses gilt, zu lehren, nämlich, daß er sogleich nach dem Tode des Erblassers geschieht. Aber, nicht alle denken so. Es gibt Rechtsgelehrte, welche wollen, daß der Vermächtnißnehmer nicht eher Eigenthümer der vermachten Species wird, als bis die Erbschaft angetreten ist [6]). Andere haben Beides mit einander zu vereinigen gesucht. Das Eigenthum werde zwar erst mit der Antretung der Erbschaft erworben, aber dieser Zeitpunkt werde mit dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers an einander geknüpft. Sie lassen also die Erdichtung, die zum Besten des Erben gereicht, auch dem Vermächtnißnehmer zu Gute kommen [7]). Allein, von einer solchen Anwendung jener Erdichtung zum Besten des Vermächtnißnehmers findet sich

---

[5]) L. 10. D. de leg. 1. L. 16. D. de. opt. vel elect. leg.

[6]) *Suarez* Com. ad leg. Aquil. lib. 1. cap. 5. sect. 1. in fine (*Meermann* thesaur. tom. 2. p. 61.) *Averan.* Interpret. lib. 2. cap. 16. nr. 22.

[7]) *Bachov.* ad *Wesenbec.* Com. tit. de leg. not. 9. et 10. *Voet* ad tit. Dig. de leg. nr. 39. *Hofacker* Princ. jur. civ. tom. 2. §. 1551.

keine Spur. Höpfner [8]) unterscheidet hier ein dreifaches Eigenthum; das erste nimmt mit dem Tode des Erblassers seinen Anfang und hat weiter keine Wirkung, als daß der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß auf seine Erben überträgt; ein zweites wirksameres fängt mit der Erbschaftsantretung an und, wenn er erklärt, daß es das Vermächtniß annehme, erlangt er ein unauflösliches Eigenthum. Dieser Meinung kann ich nicht beipflichten. Der Vermächtnißnehmer kann ja nicht zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes Eigenthum haben. Ihm steht ein einfaches Eigenthum zu, was er nur einmal erlangen kann, was sich immer gleich bleibt, und in demselben Augenblick zugleich erworben wird, geltend gemacht werden kann und unwiderruflich ist. Hätte der Vermächtnißnehmer das Eigenthum schon mit dem Tode des Erblassers erworben, so könnte er es nach der Antretung der Erbschaft nicht zum zweiten Mal erwerben, nach der Regel: Quod semel nostrum est, amplius nostrum fieri nequit [9]).

Dieß Eigenthum erwirbt der Vermächtnißnehmer nicht sogleich, wie der Verstorbene die Augen geschlossen, sondern, wie der Erbe die Erbschaft angetreten hat. In der hierher gehörigen Hauptstelle des Papinian (L. 80. D. de leg. 2.) ist überall nicht die Rede davon, daß das Eigenthum sogleich nach dem Tode des Erblassers, sondern nur, daß es unmittelbar von dem Verstorbenen auf den Vermächtnißnehmer übergeht. Es gibt auch keine andere Stelle, wornach das Eigenthum der vermachten Species sogleich nach dem Tode des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer überginge, aber mehr als eine, worin mit dürren Worten ge-

---

[8]) Com. §. 584.

[9]) L. 14. §. 2. D. de exc. rei jud. L. 159. D. de reg jur.

sagt wird, der Uebergang des Eigenthums von Seiten des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer erfolgt, — nicht etwa bloß unter der Voraussetzung, daß die Erbschaft angetreten wird, sondern — *ex quo* hereditas adita est [10]).

Wie hat man gleichwohl behaupten können, das Eigenthum gehe schon mit dem Tode des Erblassers über? Ohne Zweifel, weil das Recht auf ein unbedingtes Vermächtniß schon mit dem Tode des Erblassers von dem überlebenden Vermächtnißnehmer erworben wird und man die cessio diei mit der Erwerbung des Eigenthums für gleichbedeutend nahm. Man glaubte nämlich, das Eine, der Erwerb des Vermächtnisses, schliesse das Andere, den Erwerb des Eigenthums, in sich. Man dachte sich den Tod des Erblassers, überhaupt die cessio diei, als den Punkt, wo das Recht des Vermächtnißnehmers, folglich auch das Eigenthumsrecht desselben, seinen Anfang nimmt. Allein, beides hält nicht gleichen Schritt und gehört gar nicht zusammen. Der Anfang des Rechts auf das Vermächtniß und der Anfang des Eigenthums an der vermachten Species sind ganz verschiedene Dinge. Die cessio diei bedeutet nur, daß der Vermächtnißnehmer ein persönliches Recht erworben hat, das Vermächtniß von dem Erben fordern zu können; ein dingliches Recht auf das vermachte Object hat er damit nicht zugleich erworben [11]). Daß Beides von einander geschieden und auch durch die Zeit getrennt sey, wird dadurch besonders klar, daß ja auch bei Universalfideicommissen der Erwerb des Rechts auf das Fideicommiß den Erwerb des Eigenthums der einzelnen Sachen nicht nach sich zieht, sondern das Recht

[10]) L. 44. §. 1. D. de leg. 1. L. 69. pr. D. eod. L. 86. §. 2. D. eod.

[11]) *Averan.* c. l. nr. 22.

auf das Fideicommiß erwirbt der Fideicommissarius, wie ein Vermächtnißnehmer, mit dem Tode des Erblassers u. s. w., und das Eigenthum der einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen mit der Restitution [12]). Was aber vollends den Ausschlag gibt, ist der Grundsatz: Dies legati non venit ante aditam hereditatem, welcher verletzt werden würde, wenn das Eigenthum sogleich mit dem Tode des Erblassers seinen Anfang nähme. Der Erwerb des Eigenthums gehört zur Erfüllung des Vermächtnisses. Der Vermächtnißnehmer kann nicht eher fordern, daß der Wille des Verstorbenen erfüllt und das ihm Vermachte ihm zu Theil werde, als bis die Erbschaft angetreten ist, folglich kann er auch bis dahin keine Ueberlieferung und da, wo es deren nicht bedarf, keinen gesetzlichen Uebergang fordern. Ginge das Eigenthum mit dem Tode über, so würde der Wille des Verstorbenen schon vor dem Ereigniß erfüllt werden, durch welches dieser Wille erst Kraft und Gültigkeit erlangen soll, und der Vermächtnißnehmer, der das Eigenthum bereits vor Antretung der Erbschaft erworben hätte, würde es auch schon vor Antretung der Erbschaft geltend machen können.

Es ist hiernach nicht länger zu bezweifeln, wie das Eigenthum einer vermachten Species nicht schon mit dem Tode, sondern erst von Zeit der Antretung der Erbschaft auf den Vermächtnißnehmer übergeht. Wie aber, wenn dieser stirbt, ehe der Erbe die Erbschaft angetreten hat, kömmt dann der gesetzliche Uebergang des Eigenthums auch seinem Erben zu Gute? Ich glaube, allerdings. Sobald nur der Vermächtnißnehmer den Erblasser überlebt und den Anfall des Vermächtnisses erlebt hat, hat er das Vermächtniß zu

---

[12]) L. 63. pr. D. Ad. SC. Trebell.

fordern, und diese Forderung überträgt er auf seine Erben. In Folge dessen geht, wenn die Zeit der Erfüllung gekommen ist, auch das Eigenthum und zwar gegen die sonstige Regel ipso jure auf ihn und, wenn er zwar den Anfall des Vermächtnisses, aber nicht den Uebergang des Eigenthums erlebt, auf seine Erben über. Denn, nachdem der Vermächtnißnehmer das Recht auf das Vermächtniß erworben hat, kann der Erbe so gut, wie der Vermächtnißnehmer, fordern, daß nach der Antretung der Erbschaft der Wille des Verstorbenen erfüllt werde. Dieß geschieht, nach dem Gesetz, bei einer vermachten Species ohne Uebergabe, durch transitus legalis. Auf andere Art kann in diesem Fall weder der Eine noch der Andere das Eigenthum erwerben. Denn der Erbe kann es nicht durch Ueberlieferung übertragen; er hat es ja selbst nicht erworben; es ist für den Vermächtnißnehmer aufbewahrt geblieben.

Sieht man die hierher gehörige Stelle der Pandecten an, — sie rührt von Papinian her, — so müßte man auf den Gedanken kommen, wie der gesetzliche Uebergang des Eigenthums nur bei einer unbedingt vermachten Species Statt finde:

L. 80. D. de. leg. 2.

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas: quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem: recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.

Allein, aus anderen Stellen erhellet, daß auch das Eigenthum einer unter Bedingung vermachten Species ipso jure auf den Vermächtnißnehmer übergeht, sobald die Bedingung in Erfüllung gegangen ist:

1. *L.* 69. §. 1. *D. de leg.* 1.

Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum.

2. *L.* 105. *D. de cond. et demonstr.*

Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priori legatario recedit, nec locum religiosum, in eo fundo heres facere, nec servitutem imponere poterit; sed et imposita servitus finietur existente conditione.

Vielleicht hat Papinian gedacht, nur bei einer unbedingt vermachten Species ist es möglich, daß das Eigenthum derselben durch transitus legalis auf den Vermächtnißnehmer übergeht. Hier erwirbt in demselben Augenblick der Vermächtnißnehmer die vermachte Species und der Erbe die (übrige) Erbschaft; folglich hat die vermachte Species in diesem Fall dem Erben niemals gehört. Aber, wenn eine Bedingnng hinzugefügt ist, kann es seyn, daß diese zu der Zeit, da die Erbschaft angetreten wird, noch im Schweben ist; dann gelangt das Eigenthum für das Erste an den Erben, und kann folglich nur von ihm, wenn die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, durch Ueberlieferung an den Vermächtnißnehmer weiter gelangen. Allein, nach den Stellen des Gajus und Pomponius muß man annehmen, daß es auch in diesem Fall keiner Ueberlieferung bedürfe. Denn, da der Erbe, welcher die Sache veräussert hat, gar nicht einmal im Stande ist, die Sache zu überliefern, so könnte der Vermächtnißnehmer, wenn

es gleichwohl einer Ueberlieferung bedürfte, gar nicht zum Eigenthum gelangen. Es wird ihm aber ausdrücklich ein Eigenthum, was durch die Veräusserung nicht beeinträchtigt sey, und zwar ohne Weiteres beigelegt. Von einer Ueberlieferung, die zu diesem Ende nöthig sey, ist überall nicht die Rede.

§. 15.

Fortsetzung.

Auch von Vermächtnissen gilt, wie von der Erbschaft, die Regel: Was der Erblasser uns zugedacht hat, müssen wir ganz annehmen oder ganz ausschlagen. Man kann nicht von der vermachten Sache den einen Theil annehmen und den anderen verschmähen [1]). Aber, wenn mehrere Sachen vermacht sind, kann man die eine ausschlagen und die andere annehmen, — es müßte denn die eine mit einer Beschwerde für den Vermächtnißnehmer verbunden, die andere frei davon seyn, in welchem Fall man die erste nicht ausschlagen kann, ohne die zweite mit auszuschlagen [2]). — Denn, sind mehrere Sachen vermacht, sind es auch mehrere Vermächtnisse, so viele nämlich, als Sachen [3]); man kann daher, der Regel nach, die eine annehmen und die andere ausschlagen. Eine Mehrheit gleichartiger, unter einem Collectivnamen begriffener, Sachen ist nur eine Sache und das Vermächtniß derselben nur ein Vermächtniß [4]).

Die Ausschlagung des Vermächtnisses ist — Veräusserung. Der Vermächtnißnehmer gibt dadurch weg, was er bereits ipso jure erworben hatte. Wer nicht veräussern

---

[1]) L. 4. D. de leg. 2.

[2]) L. 5. pr. et §. 1. D. eod.

[3]) L. 2. D. eod.

[4]) L. 2. L. 6. D. eod.

kann, kann kein Vermächtniß ausschlagen [5]). Sie setzt voraus, nach römischem Recht, nicht, daß die Erbschaft bereits angetreten sey, wohl aber, daß der Vermächtnißnehmer das Recht auf das Vermachte bereits erworben hatte; also, mit dem römischem Ausdruck, die *cessio diei*. Ist das Vermächtniß von Bedingung oder, was damit gleichen Schritt hält, ungewisser Zeit abhängig gemacht, so kann es vor Erfüllung der Bedingung oder vor dem Eintritt des bestimmten Termins nicht angenommen werden? Nein, es bedarf ja keiner Annahme, sondern nur einer Nichtausschlagung. Es kann also vor der Erfüllung der Bedingung u. s. w. nicht ausgeschlagen werden [6]). Dabei liegt die Regel zum Grunde: Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest [7]).

§. 16.

Fortsetzung.

Lassen wir zum Schluß die Satzungen des bürgerlichen Rechts bei Seite liegen und sehen wir, wie es ohne sie seyn würde und warum es anders ist.

---

[5]) L. 3. §. 8. D. de rebus eorum, qui sub tut.

[6]) *L.* 45. §. 1 *D. de leg.* 2. Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus. Nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat vel conditio existat. In der Stelle sind offenbar fehlerhaft certa und certum; es muß heißen: incerta und incertum. Conditio und dies incerta gehen pari passu; hier aber sind conditio und dies certa mit einander gepaart. Gleichwohl sucht Averani die Stelle, wie sie ist, zu erklären. *Averani* Interpret. lib. 2. cap. 16. nr. 20. sq. S. aber Westphal von Vermächtnissen §. 751.

[7]) L. 174. §. 1. D. de reg. jur. Westphal a. a. O.

Zuvörderst wird jeder leicht ermessen, wie, von positiven Gesetzen abgesehen, der Erwerb eines Vermächtnisses überhaupt erst möglich sey, wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Das Vermächtniß setzt voraus, daß der eingesetzte Erbe — Erbe geworden ist, und dieses, daß er die Erbschaft angetreten hat. Von wem soll der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß fordern, wenn Niemand da ist, der es schuldig ist? Ja, gibt es überhaupt eine Forderung ohne einen Schuldner? Gibt es ein Recht, dem keine Verbindlichkeit eines Verpflichteten gegenübersteht? Die ganze Kraft eines Testaments hängt von der Antretung der Erbschaft ab, und alles, was darin enthalten ist, ward vergebens verordnet, wenn sich zu der Erbschaft kein Erbe findet. Es kann nur einstweilen gelten, wie das Testament, worin es verordnet ist, bis es sich ausweis't, ob die Erbschaft angetreten oder das Testament entkräftet (destitutum) wird [1]).

Nachdem nun die Erbschaft angetreten ist, würde erst die Reihe an den Vermächtnißnehmer kommen, nicht, das Vermächtniß sogleich ipso jure zu erwerben, sondern es auf dieselbe Art, wie der Erbe die Erbschaft, anzutreten. Das Vermächtniß war ihm jetzt erst angefallen und zwar das unbedingte sogleich nach der Antretung der Erbschaft, das bedingte zu der Zeit, da die Bedingung in Erfüllung ging, und jetzt würde er den Willen äussern müssen, das Vermächtniß zu haben, und dann erst könnte man sagen, daß er das Vermächtniß erworben habe. Allein, das römische Recht geht hier kürzer und schneller zu Werke. Zu einer Zeit, da dem Erben die Erbschaft erst angefallen und vielleicht noch

---

[1]) Princ. et §. 3. J. Quibus modis testam. infirm. L. 181. D. de reg. jur.

nicht einmal wirklich angefallen ist, sogleich nachdem der Erblasser gestorben ist, wird dem Vermächtnißnehmer das unbedingte Vermächtniß und das bedingte, sobald die Bedingung erfüllt ist, wie dem suus heres die väterliche Erbschaft, ohne alles sein Zuthun zu Theil.

Es geht noch weiter. Nach sonstigen Regeln des römischen Rechts wird das Eigenthum durch Uebergabe, nicht durch blossen Vertrag erworben [2]). Auch hier hätte diese Regel zur Anwendung kommen müssen. Von welcher Art die Sachen auch sind, die der Erblasser vermacht, und welcher Ausdrücke er sich auch bedient haben mag, seine Meinung geht in allen Fällen dahin, daß der Erbe dem Vermächtnißnehmer die Sache geben soll. Damit stimmt auch die ganz richtige Definition des Vermächtnisses in den Institutionen überein. Legatum est donatio quaedam, a defuncto relicta, *ab herede praestanda* [3]). Das römische Recht begnügt sich hier mit dem Willen des Erblassers, daß dem Vermächtnißnehmer die Sache zu Theil werden soll. Das Eigenthum geht nicht erst auf den Erben und von diesem durch Uebergabe auf den Vermächtnißnehmer über, sondern unmittelbar vom Verstorbenen auf den Vermächtnißnehmer. Die vermachte Species ist von der Erbschaft ausbeschieden und, wie der Erbe die Erbschaft erwirbt ohne Uebergabe und Besitzergreifung, erwirbt der Vermächtnißnehmer die vermachte Species.

Alle diese Unregelmäßigkeiten rühren am Ende aus derselben Quelle her, nämlich aus dem an sich so lobenswer-

---

[2]) L. 31. D. de acq. rer. dom. L. 3. pr. D. de obl. et act. L. 20. C. de pactis.

[3]) §. 1. J. de leg.

then Bestreben des Gesetzgebers, dem Vermächtnißnehmer das Vermächtniß zu bewahren und die Erfüllung des Willens des Gebers zu sichern. Es soll verhütet werden, daß die Verzögerung der Antretung der Erbschaft, also die Handlung oder vielmehr Unterlassung eines Anderen, nämlich des eingesetzten Erben, dem Vermächtnißnehmer zum Nachtheil gereichen könne. Müßte er die Antretung abwarten, so könnte es leicht geschehen, daß er darüber hinstürbe und die Wohlthat, die der Erblasser ihm zugedacht hat, ihm gar nicht zu Theil würde durch Handlung oder vielmehr Unterlassung desjenigen, dessen Vortheil es gewöhnlich ist, wenn sie ihm nicht zu Theil wird. Selbst der Umstand, daß es keiner Annahme des Vermächtnisses bedarf, rührt daher. Denn, bedürfte es ihrer, so könnte sie erst nach der Antretung der Erbschaft erfolgen, folglich würde alle Vorsorge des Gesetzgebers durch sie wieder vereitelt werden. Ich glaube gerade nicht, daß auch auf den Erben des Vermächtnißnehmers und dessen Vortheil Bedacht genommen ist. Dazu war kein Grund vorhanden. Das römische Recht wollte wohl nur den Vermächtnißnehmer selbst begünstigen oder vielmehr ihn vor Schaden bewahren, aber die Folgen davon gereichen zum Vortheil des Erben. Daher verliert die Frage, ob das Recht auf das Vermächtniß schon vor der Antretung der Erbschaft erworben sey, in denjenigen Fällen allen Werth, wenn ein Vermächtniß von der Art ist, daß es ausnahmsweise auf den Erben nicht übergeht [4]).

---

[4]) *L. 3. D. Quando dies leg.* Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.

§. 17.
Verschiedenheit des Preußischen Landrechts vom römischen in Hinsicht auf den Erwerb der Erbschaft.

Das römische Recht macht, wie wir gesehen haben, einen Unterschied zwischen der angefallenen und der erworbenen Erbschaft; hingegen das Preußische Landrecht statuirt einen solchen Unterschied nicht. Sobald der Erblasser gestorben ist, fällt die Erbschaft dem durch Testament oder Gesetz zur Erbschaft Berufenen von selbst zu. Er ist Erbe, ohne daß er nöthig hätte, die Erbschaft anzutreten, und in Folge dessen hinterläßt er sie, die er bei seinem Leben erworben hat, wenn er stirbt, seinem Erben. Ihm steht jedoch binnen einer bestimmten Frist das Recht zu, sich ihrer wieder zu entschlagen [1]).

Man sieht wohl, was nach römischem Recht beim suus heres Rechtens ist und in Ansehung seiner auf besonderen Gründen beruht, die nur auf ihn Anwendung finden, ist hier auf jeden anderen Erben übertragen, und dieß ist geschehen, damit dem Erben des Erben die Erbschaft nicht entgehen möge.

Ist dieß eine Verbesserung des römischen Rechts [2])? Ich zweifle fast. Mich dünkt, es müsse überhaupt ein Gesetzgeber von den Grundsätzen, welche die Natur der Sache an die Hand gibt, so wenig, als möglich, und nur aus den

---

[1]) A. L. R. Thl. 1. Tit. 9. §. 367.

[2]) Ein neuerer Schriftsteller hat diese Frage aufgeworfen und mir dadurch die Veranlassung gegeben, sie zu beantworten, da er sich selbst nicht bestimmt darüber erklärt hat. S. Runde Patriot. Phantasien eines Juristen S. 304. folg.

dringensten Gründen abgehen. Grundsätze dieser Art sind geeignet, einen jeden zufrieden zu stellen; Niemand hat ein Recht, sich zu beklagen, wenn es nach ihnen geht; sie sind gültig für alle Länder und Zeiten; sie haben weder Lücken, noch können sie mit einander in Widerspruch gerathen; sie dürfen nicht erst erlernt werden. Mit Recht hat man es als einen Vorzug des römischen Rechts gerühmt, daß es eine ratio scripta sey, und diesen Vortheil in diesem Fall aufzugeben, dazu sehe ich keinen hinlänglichen Grund. Jemanden zum Erben zu machen, ohne ihn zu fragen, ob er es seyn will, das verstößt gegen die ersten und einfachsten Grundsätze des Rechts. Wäre die Erbschaft eine reine Wohlthat, so würde sie dem Erben nicht aufgedrungen werden können. Beneficia, sagt eine bekannte Rechtsregel, non obtruduntur. Sie ist aber gewöhnlich zugleich eine Last und nicht selten eine sehr beschwerliche; mit welchem Recht darf man Jemanden, ohne ihn zu fragen, ob er sie tragen will, — wozu er vielleicht nicht einmal im Stande ist, — eine solche Last aufbürden? Zwar, man gibt ihm zugleich ein Mittel an die Hand, sich ihrer wieder zu entledigen, was er vielleicht nicht anwenden kann, weil er es nicht kennt, oder, wenn er es anwenden will, verschiebt, bis es zu spät ist. War es nicht wenigstens natürlicher, ihm diese Last nicht aufzubürden und es zu erwarten, daß er sich ihr freiwillig unterzöge? Es sollte zwar dadurch für den Erben des Erben gesorgt werden. Aber was hatte der Gesetzgeber für einen Grund, sich gerade des Erben des Erben so besonders anzunehmen? Wenn der Erblasser dem Erben eine Wohlthat erweisen wollte, nicht dem Erben des Erben, was konnte den Gesetzgeber bewegen, auf den Erben des Erben eine Wohlthat auszudehnen, die der Erblasser nur dem

Erben erweisen wollte? Was konnte es ihm überhaupt ver-verschlagen, ob die Erbschaft dem Erben des Erben oder dem folgenden Erben des ersten Erblassers zu Theil wird? Sind ihm nicht beide gleich werth? Die nachtheiligen Folgen, die in einzelnen Fällen daraus entstehen können, sind zufällig und gehen den Gesetzgeber nicht an. Derselbe Grundsatz, der in dem einen Fall den Reichen auf Kosten des Armen bereichert, bringt in einem anderen eine entgegengesetzte Wirkung hervor. Und warum soll für den Erben des Erben gerade in diesem Stück so sehr gesorgt werden? Muß er sich es doch auch gefallen lassen, wenn ihm ein anderer Erwerb nicht zu Theil wird, den sein Erblasser zu machen die Gelegenheit gehabt und nicht benutzt hat. Selbst, was das römische Recht betrifft, ist es nicht zu billigen, daß der suus heres, ohne vom Anfall der Erbschaft zu wissen und sie zu wollen, ipso jure Erbe wird, und es erst der Dazwischenkunft des Prätors bedarf, um ihn gegen die nachtheiligen Folgen davon in Schutz zu nehmen, der jedoch nicht machen kann, daß er aufhören sollte, Erbe zu seyn. Indessen ging die alte Zeit und gingen die Römer hier von der Idee aus, daß die Hauskinder nicht sowohl den Vater beerben, als vielmehr das Eigenthum u. s. w. nur fortsetzen, was ihnen an dem Vermögen des Vaters neben ihm bei seinem Leben schon zustand und wovon sie durch den Tod des Vaters bloß die freie Verwaltung erlangt haben [3]). Sie

[3]) §. 2. J. de her. qual. *L.* 11. *D. de liberis et posthumis hered. inst.* In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui geni-

erben daher am Ende gar nicht, sie beerben wenigstens nicht den Vater, sondern nur sich selbst, und sind folglich mit einem Wort bloße *sui heredes* [4]). Wie wenig die Römer hier geneigt waren, der freien Willkühr Schranken zu setzen, erhellet daraus, daß sie den Grundsatz hegten, eine Erbschaft müsse der Erbe selbst antreten. In Folge dessen findet bei solchen, die ihrer Personen nicht mächtig sind, der Regel nach keine Antretung [5]), oder nur unter gewissen Einschränkungen Statt. Dieß ist ein sehr vernünftiger Grundsatz, und war es besonders zu der Zeit, da er aufgestellt ward und das beneficium inventarii noch nicht eingeführt war.

---

tus sit: itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur: sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

[4]) Daher wahrscheinlich der Name, wenigstens nach der gewöhnlichen Meinung; *Vinn.* ad §. 2. J. de hered. qual. nr. 2. et 3. Indessen hegen die Rechtsgelehrten über diesen Punct verschiedene Meinungen. *Janus a Costa* (ad princ. J. de hered. qual.) erklärt den Namen mit schwachen Gründen auf eine andere Art; wieder auf eine andere *Voorda* (interpret. lib. 1. cap. 4.) und noch Andere wieder anders.

[5]) L. 90. pr. D. de acq. hered.

VIII.

Von der Tradition bei Verträgen, als der Bedingung des zu erwerbenden Eigenthums.

Vorrede.

Diese Abhandlung ist nur klein; ich wünsche, daß sie durch ihren Inhalt und ihre Resultate ersetzen möge, was ihr an Grösse fehlt.

§. 1.

Die Streitfrage.

Einer der wichtigsten und folgenreichsten Grundsätze des römischen Rechts ist der Grundsatz, daß durch den blossen Vertrag das Eigenthum nicht übergeht, sondern erst durch die in Folge dessen geschehene Uebergabe [1]). Die Tradition ist es, die das Eigenthum verändert; sie ist der modus acquirendi; der auf Veräusserung gerichtete Vertrag gibt nur den titulus acquirendi ab [2]). Die Sätze selbst kennt ein Jeder; auch die Folgerungen haben keine Schwierigkeit; aber ob jener so wichtige Grundsatz dem natürlichen Recht angehöre oder dem bürgerlichen, das ist die Frage. Die Rechtsgelehrten pflegen sie dahin zu beantworten, es sey kein Grundsatz des natürlichen, sondern des bürgerlichen Rechts.

Schon Grotius [3]) und besonders Pufendorf lehrten dieß [4]). Pufendorf lehrte, um die Frage richtig zu beant-

[1]) §. 40. J. de rer. div. L. 20. C. de pactis. L. 50. D. de rei vind. L. 15. et 27. C. eod. L. 6. C. de hered. vel act. vend.

[2]) L. 31. pr. D. de acq. rer. dom.

[3]) De jure belli et pacis Lib. 2. cap. 8. §. 25.

[4]) De jure naturae et gentium Lib. 4. cap. 9.

worten, müsse man bemerken, das Eigenthum könne als eine blosse moralische Qualität betrachtet werden, vermöge deren die Sache uns angehört und unsrer Herrschaft als unterworfen zu betrachten — oder als etwas, womit eine physische Gewalt verbunden, die uns in den Stand setzt, alles mit der Sache, was uns gefällt, auf der Stelle vorzunehmen. Oder, m. a. W. wenn vom Eigenthum die Rede sey, werde entweder vom Besitz hinweggesehen oder dieser als damit verbunden betrachtet. Im erstern Fall könne es durch blossen Vertrag, im zweiten erst durch die Uebergabe erworben werden. Und dieß sey nicht bloß dem positiven, sondern schon dem natürlichen Rechte gemäß. Aber daraus folge nicht, daß beim Veräusserer vor der Uebergabe ein unvollkommnes Eigenthum zurückbleiben sollte. Die Meisten sind ihnen gefolgt [5]; doch fehlt es nicht an Andersdenkenden [6]. Diesen werde ich mich jetzt anschliessen, aber aus andern Gründen. Ist die Antwort, die ich hier geben werde, richtig, so wird man mit Bewunderung erkennen, wie fest das Gebäude des römischen Rechts in diesem Stück ist, wie gut alles zusammenhängt. Zuerst jedoch die Zweifelsgründe.

§. 2.

Gründe, die Möglichkeit des Uebergangs ohne Uebergabe zu bejahen.

Daß Eigenthum ohne Besitz übergehen könne, kann, wie es scheint, mit Grunde nicht geläugnet werden. Als ein

---

5) *Covarruvias* variar. resolut. Lib. 3. cap. 5. nr. 6. *Huber* digress. lib. 4. cap. 8. *Ejusdem* Instit. tit. de rerum div. th. 36. *Titius* ad *Pufendorf* de Obl. hom. et civis. lib. 1. cap. 12. §. 14. Struben rechtliche Bedenken, dritter Band S. 190. Höpfner Com. 334. Meine Lehre vom Eigenthum §. 20. S. 122. folg.

6) *Vinn.* ad §. 40. J. de rer. div. nr. 1. *Hert* ad *Pufendorf*

Recht ist es vom Besitz unabhängig; man kann Eigenthum ohne Besitz und Besitz ohne Eigenthum haben; die Uebergabe, die bloß den Besitzstand verändert, kann auf die Veränderung des Eigenthums keinen Einfluß äussern.

Man sagt zwar, das Eigenthum habe vom Besitz seinen Anfang genommen; allein, dieß beweis't nichts. Denn, was ursprünglich zum Erwerb des Eigenthums nöthig war, als die Sache noch keinen Herrn hatte, ist deshalb nicht mehr nöthig, nachdem sie in das vom Gesetz anerkannte Eigenthum des Einzelnen übergegangen ist, der durch seinen Willen sein Eigenthum aufgeben und es einem Andern überlassen kann. Er kann sagen, das Haus, das Buch soll fortan Dein seyn; jetzt muß er hinzusetzen: Nimm es hin. Auch würde jener Grund zu viel beweisen. Es würde daraus folgen, daß nicht bloß bei Verträgen, sondern auch sonst überall zum Erwerb des Eigenthums Tradition oder Besitzergreifung erforderlich sey. Allein bedarf es ihrer wol in allen Fällen? Das römische Recht stellt jenen Grundsatz bloß in Hinsicht auf Verträge auf. Hingegen bei anderen Arten des abgeleiteten Erwerbs bedarf es selbst nach römischem Recht keiner Besitzergreifung. Bei der Erbfolge geht ja, — worauf schon Pufendorf bei dieser Gelegenheit aufmerksam machte, — das Eigenthum, es geht auch bei Vermächtnissen und Singularfideicommissen, sogar bei universellen, ohne Tradition oder Besitzergreifung über.

Gegen das Argument von der Erbfolge ließe sich freilich einwenden, daß hier keine Uebergabe möglich gewesen sey. O ja, sie war möglich. Der Erbe konnte Besitz ergreifen,

---

libr. att. §. 8. not. a *Cocceji* jus civ. controv. tit. de acq. rer. dom. qu. 9.

und die Erlaubniß dazu lag in dem letzten Willen oder dem Gesetz, was ihn zur Erbschaft berufen hatte. Allein, wenn ein Anderer den Erben im Besitzergreifen zuvor kam, würde keine Vindication möglich gewesen seyn; es würde ihm zwar nicht an allen Mitteln, zum Besitz zu gelangen, gefehlt haben, sie würden nur nicht für alle Fälle ausgereicht haben. Indessen findet sich keine Spur davon, daß die römischen Rechtsgelehrten bei dem gesetzlichen Uebergang des Eigenthums auf diesen Umstand Rücksicht genommen oder ihn als eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel, daß nur durch Tradition die Veränderung des Eigenthums bewirkt werden könne, betrachtet haben sollten. Dieser Uebergang ist eine Folge des Grundsatzes, daß der Erbe dem Verstorbenen in sein gesammtes Rechtsverhältniß nachfolgt; er tritt in die Stelle des Verstorbenen; alle Rechte desselben gehen auf ihn über, folglich auch das Eigenthum; daher bedarf es bei ihm keiner Tradition und keiner Besitzergreifung. Was aber den Vermächtnißnehmer betrifft, so hat man die Grundsätze, die vom Erben gelten, auch auf ihn angewandt; — der Vermächtnißnehmer wird, in Hinsicht auf den Uebergang des Eigenthums, als Erbe behandelt, gleichsam, als wäre er Erbe für diese Sache, und bei Universalfideicommissen ist der Fideicommissar zwar nicht Erbe, er vertritt aber nach der Restitution, welche der Antretung der Erbschaft zu vergleichen ist, die Stelle des Erben[7]), folglich kann der Erwerb der Rechte und des Eigenthums bei ihm auf keine andere Art geschehen, als bei dem Erben selbst.

---

[7]) L. 63. pr. D. Ad SCtum. Trebell. L. 1. et 2. D. de fideicom. hered. petit.

§. 3.

Gründe, jene Möglichkeit zu bestreiten. Entscheidung der aufgeworfenen Frage.

Das römische Recht begnügt sich also damit, die Regel, das Eigenthum kann nur durch Tradition erworben werden, in Beziehung auf Verträge aufzustellen.

Diese Regel ist wirklich keine Regel, die dem bürgerlichen Recht eigenthümlich wäre. Sie liegt in der Natur der Sache. Ein gutes Vorurtheil erweckt es, daß die römischen Rechtsgelehrten sie für natürliches Recht erklärten. Es folgt dieß zwar nicht mit Sicherheit aus den Stellen, die man gewöhnlich dafür anzuführen pflegt, als welche dem Zweifel Raum lassen; aber wahr ist es. Jene stellten den allgemeinen Grundsatz auf, das Eigenthum geht durch den blossen Willen nicht verloren[8]). Dieser Grundsatz kömmt bei der aufgeworfenen Frage gar sehr in Betrachtung, — wiewohl es nicht der letzte Grund ist, weshalb es der Uebergabe bedarf; — daraus folgt schon, daß es auch durch blossen Vertrag nicht verloren gehen könne; und daraus folgt wieder, daß es auch durch blossen Vertrag nicht erworben werden kann.

Es zeigt sich keine Spur davon, wie die römischen Rechtsgelehrten auf diese Idee gekommen sind; vielleicht haben sie geglaubt, weil das Eigenthum ursprünglich nicht durch den Willen allein, sondern durch Besitzergreifung erworben wird, könne es auch nur so wieder verloren werden; der Veräusserer müsse mit dem Willen, nicht länger Eigenthümer zu seyn, den Besitz aufgeben — und der Erwerber mit dem Willen, Eigenthümer zu werden, ihn ergreifen. Dieß ist in

---

[8]) L. 17. §. 1. de poss. L. 3. D. Pro derelicto.

ihrer Art und scheint durch das, was **Ulpian** lehrt, bestätigt zu werden: *His modis desinunt res nostrae esse, quibus acquiruntur* [9]). Wenn aber Gründe dieser Art nicht für ausreichend gehalten werden dürften, wollen wir den Satz deshalb nicht gleich als unrichtig verwerfen; vielleicht lassen sich andere haltbarere dafür auffinden.

Versuchen wir es nur einmal!

Ist es denn überhaupt möglich, daß der bisherige Eigenthümer sein Eigenthumsrecht dem Anderen durch den blossen Willen überlassen kann? —

Das Recht gehört zu den Dingen, quae non sunt, sed intelliguntur. Es liegt dabei freilich etwas Wirkliches zum Grunde. Aber das Recht an sich ist doch keine körperliche und sichtbare Sache, die von dem Einen zu dem Andern wandern könnte. Es kann daher im eigentlichen Sinn kein Uebertragen von dem Einen auf den Andern Statt finden. Wenn hier von Uebertragung des Eigenthums die Rede ist, so kann dieß nichts anderes bedeuten, als, **der Eine will sein Eigenthum aufgeben und der Andere will es erwerben.** Gesetzt nun, dieser Wille läge schon in der Natur des auf Veräusserung gerichteten Geschäfts, z. B. des Kaufs, oder er wäre allenfalls ausdrücklich erklärt, der Eine wollte, entweder auf der Stelle, **oder**, wenn das Kaufgeld bezahlt ist, gewisse Bedingungen erfüllt seyn werden u. s. w., aufhören, Eigenthümer zu seyn und der Andere wollte anfangen, es zu werden, können sie durch ihr blosses Wollen diese Veränderung des rechtlichen Zustandes bewirken? Verliert der Eine das Eigenthum, weil er nicht länger Eigenthümer seyn will, und wenn dieß auch möglich wäre, erwirbt der

---

[9]) L. 1. D. Pro derelicto.

Andere das Eigenthum bloß dadurch, daß er Eigenthümer seyn will? Wenn man diese Frage bejaht, so hat man dadurch, ohne es zu bemerken, zugleich behauptet, daß man durch den blossen Willen — Eigenthümer einer herrnlosen Sache werden könne, ja selbst, wenn sie weit ausser unserm Bereich liegt. Denn in demselben Augenblick, da der bisherige Eigenthümer sein Eigenthum aufgab, ward die Sache — herrnlos und sie mußte es werden.

Es läßt sich denken, daß ein bürgerliches Gesetz dem blossen übereinstimmenden Willen des Veräusserers und des Erwerbers die Kraft beilegt, daß das Eigenthum dadurch verändert wird. Aber, wenn es daran fehlt, wie hier vorausgesetzt wird, wenn bloß die naturalis ratio in Betrachtung kömmt, kann jene Veränderung nur dadurch bewerkstelligt werden, daß der Eine dem Andern die körperliche Sache hingiebt und dieser sich in den Besitz derselben setzt, mit einem Wort, durch Uebergabe. Die Uebergabe ist nichts, als ein aus Dereliction und Occupation zusammengesetztes Geschäft. Damit die Sache aus dem Eigenthum des Einen in dasjenige des Andern übergehen könne, muß der bisherige Eigenthümer sein Eigenthum daran aufgeben und denjenigen, der es werden soll, dadurch berechtigen, sich der Sache zu bemächtigen. Die Sache muß erst herrnlos werden, ehe sie in das Eigenthum eines Andern übergehen kann, und dieß wird sie im Augenblick der Tradition. Sobald der bisherige Eigenthümer die Sache aus der Hand gegeben hat, ist die Dereliction vollendet; nun gehört sie ihm nicht mehr und kann durch Occupation in das Eigenthum des neuen Erwerbers übergehen. Zwar, man denkt sich hier wohl eine ununterbrochene Fortdauer des Eigenthums, welches in demselben Augenblick, da der Eine es

verliert, schon dem Andern wieder zusteht, als sey es eine Fortsetzung desselben: allein jedes Eigenthum besteht für sich und das des Titius fängt an, nachdem dasjenige des Mevius erloschen ist; wie schnell dieser Uebergang auch erfolgen mag, immer muß eine Zwischenzeit sie trennen; es müßte sonst eine Zeit geben, wo beide zugleich (*in solidum*) Eigenthümer wären, welches gar nicht möglich ist. Es muß vielmehr, wie kurz sie auch dauern mag, eine Zeit geben, da die Sache keinem gehört; und dieß ist die Zeit, da der Eine die Sache fahren ließ und der Andere sie noch nicht ergriffen hatte, — das Letztere kann mit rechtlicher Wirkung erst geschehen, nachdem das Erstere geschehen ist; — ohne eine solche Zwischenzeit konnte sie gar nicht Gegenstand eines neuen Eigenthums werden.

Der ganze Unterschied zwischen der Tradition und der gewöhnlichen Dereliction und Occupation besteht bloß darin, daß der bisherige Eigenthümer, wenn er sein Eigenthum aufgiebt, es zum Beßten nicht eines Jeden, sondern nur des neuen Erwerbers aufgeben will, und daß daher nur dieser berechtigt ist, es durch Occupation zu erwerben [10]).

Es kann also das Eigenthum nie anders, als durch Erneuerung der ursprünglichen Art des Erwerbs erworben werden. Das Eigenthum trifft auch hier mit dem Besitz, wie in der Regel, also auch in der Anwendung derselben,

---

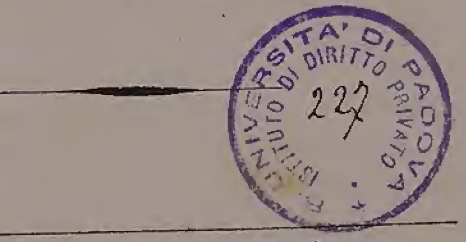
[10]) Dadurch läßt sich auch Cajus, der (L. 9. §. 7. D. de acq. dom.) den Erwerb der Missilien zur Tradition rechnet, mit Pomponius, der (L. 5. §. 1. Pro derelicto) von den Missilien als wie von rebus derelictis spricht, leicht vereinigen. Es ist hier kein wesentlicher Unterschied und folglich auch — kein Widerspruch.

zusammen. Den Besitz einer Sache kann man nicht erwerben, so lange ein Anderer sie besitzt; die Regel: Plures eandem rem in solidum possidere nequeunt [11]), leidet es nicht. So auch kann das Eigenthum einer Sache nicht verändert werden, so lange das Eigenthum des alten Eigenthümers fortdauert. Eine andere Regel und zwar eine eben so fest, wie jene, in der Natur der Dinge gegründete Regel: Duorum in solidum dominium esse non potest [12]), läßt es nicht zu. Die Sachen müssen erst in den ursprünglichen Stand zurückkehren, um Gegenstand eines neuen Eigenthums zu werden. Zwischen rebus nullius und alicujus kann gar kein Unterschied Statt finden; denn alle Sachen sind im Augenblick des Erwerbs nullius.

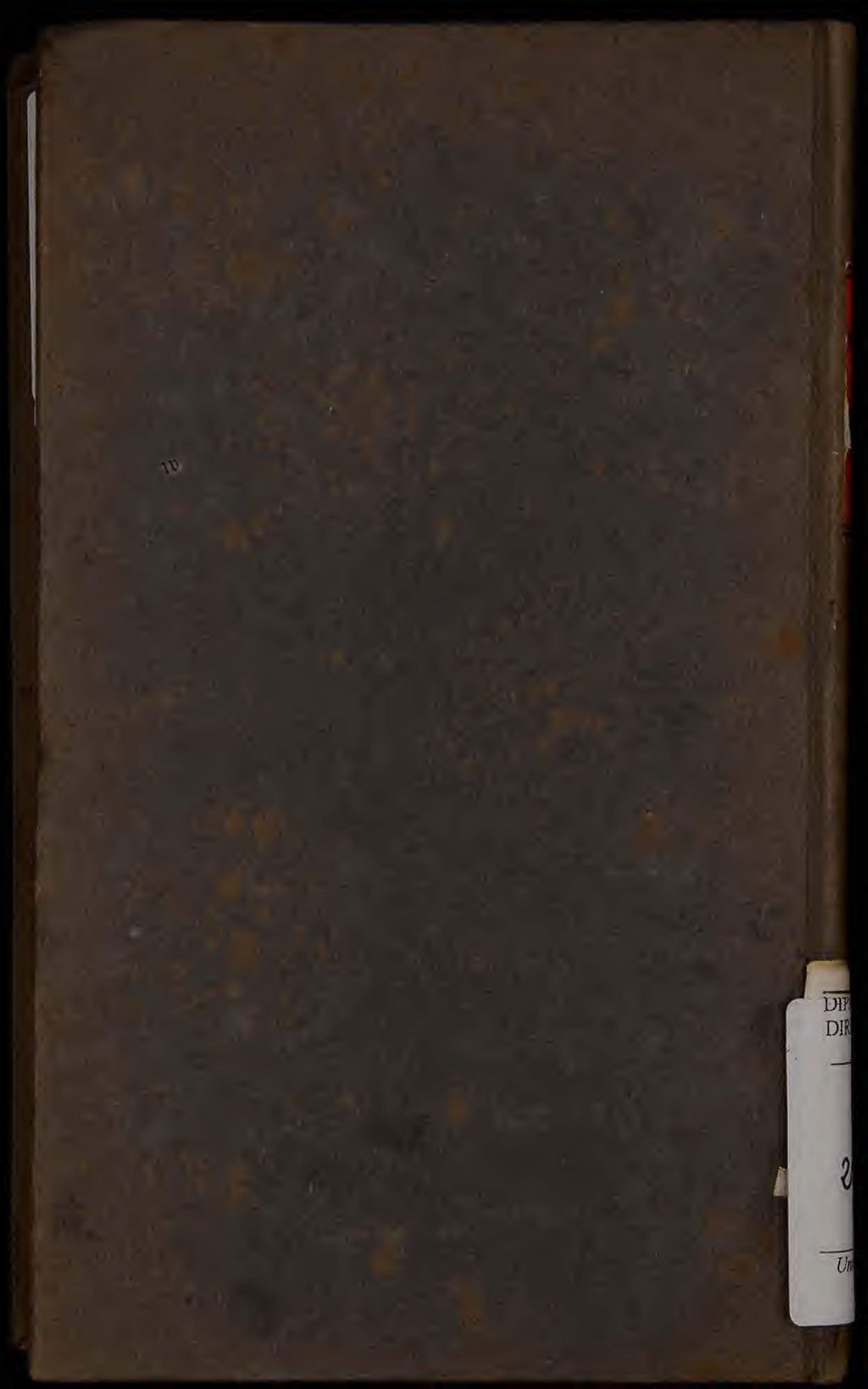
Also kurz, alle Sachen ohne Ausnahme, wenn sie nur überhaupt Gegenstand eines möglichen Eigenthums sind, können, wenn es nach der Regel geht, auf keine andere Art erworben werden, als durch Besitzergreifung, nachdem sie nöthigenfalls zuvor herrnlos geworden sind. Auch beim Erben würde diese Regel Anwendung finden müssen, fände hier nicht nach Rechtsgrundsätzen eine ununterbrochene Fortdauer des Rechtszustandes Statt.

11) L. 3. §. 5. D. de poss. L. 5. §. 15. D. Com. L. 19. D. de precario.

12) L. 5. §. 15. D. Com. L. 5. D. de stipulat. serv. L. 19. §. 3. D. de castrens. pecul.



Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.


DIR
Un

Diese Stelle beweist, daß derjenige, dem die Beweislast
oblag, nicht nöthig hatte, den Eid zu schwören, der ihm zu=
geschoben ward; er konnte, wenn es ihm so gefiel, sich mit
der alten F
weis überne
die Stelle
(jurisjurand
sit, notam
hoc unum
versario di
non possit,
lum occup
probare m
linquere, an

Hingegen,
was der Kläger
zum Geständniß
heben, den
schiebung be
ben sollte, zu
ich lieber be
dem er dem
ja nicht des
er verlang
dern will es
kommen la
langten Eid z

---

jusjurandum poterit ad duplum lege Aquilia agi: hoc si vellet omittere ante sacramentum praestitum; quod autem, si postea, quidam adhuc idem.

zurückschieben will. Wie kann er sich von dieser Pflicht nach
Willkühr frei machen? Wie kann er an die Stelle des ver=
langten Eides eine nicht verlangte Beweisführung setzen?



hts ist
Prä=
klag=
Rede
wenn
diesen
Vier=
m der
g.
sie bei
ten des
schwö=
wodurch
ird und
mt, —
eltsame
nes rö=
u dem
e liegt,
ich den
schwer=
seyn.
nge ge=

4) L. 3. pr. D. de jurejur. | 5) L. 34. §. 6. et 7. D. de jurejur.